



CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

FONDAZIONE
ARISTEIA

ISTITUTO DI RICERCA
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI



DOCUMENTI ARISTEIA

documento n. 75

Il curatore

Aprile 2007

DOCUMENTO ARISTEIA N. 75

Il curatore

Il documento si sofferma sull'analisi di alcune tra le più innovative disposizioni recate dalla novellata legge fallimentare in merito all'organo di gestione della procedura, mettendo in risalto alcuni aspetti controversi della riforma, il mutato contesto nel quale gli organi si trovano ad agire, nonché il diverso assetto di competenze voluto dal legislatore.

1. Introduzione; 2. I Rapporti tra gli organi della procedura fallimentare: nuove competenze e nuovo assetto; 3. La nomina del curatore; 4. La revoca e la sostituzione del curatore; 4.1. La revoca del curatore; 4.2 La sostituzione del curatore; 5. La gestione della procedura: gli aspetti di maggior rilievo nell'attività del curatore fallimentare; 5.1. L'apposizione dei sigilli (cenni); 6. La liquidazione; 6.1. L'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda; 6.2 Il programma di liquidazione; 6.3 La vendita d'azienda; 7. La responsabilità del curatore.

1. INTRODUZIONE

La riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali attuata tramite il d.l.gs. n. 5 del 9 gennaio 2006¹ conosce le prime applicazioni nella prassi dei tribunali.

¹ Il d.l.gs. n. 5/2006 recante la “Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell’art. 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80” è stato pubblicato nella G. U. n. 12 del 16 gennaio 2006, S. O. n. 13 ed è entrato in vigore – fatta eccezione per gli artt.45, 46, 47, 151 e152 – il 16 luglio 2006.

E, dunque, si reputa opportuno analizzare alcune delle disposizioni - o degli istituti - maggiormente significativi che contraddistinguono tale riforma.

Il percorso, iniziato con lo studio degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 *bis* l.f., prosegue con la disamina del nuovo ruolo del curatore fallimentare, organo fortemente potenziato nelle prerogative e nei compiti da questa riforma.

A fronte di tale potenziamento, l'intervento del legislatore per un verso ha ridimensionato i poteri del giudice delegato (di seguito g.d.), per altro verso ha fornito di nuova "linfa vitale" il comitato dei creditori, organo che sotto la vigenza della legge fallimentare del 1942 aveva mostrato la sua inettitudine a svolgere un ruolo effettivamente propositivo e rappresentativo degli interessi del ceto creditorio.

Pertanto, nella mutata prospettiva si cala il ruolo del curatore fallimentare sul quale la presente indagine intende soffermarsi, senza tralasciare l'analisi dei rapporti intercorrenti tra gli organi della procedura.

Va, peraltro, precisato che, vista, per un verso, la corposità della materia, e per altro verso l'esigenza di attendere le pronunce della prima giurisprudenza di merito sulla novellata disciplina, verranno esaminate le disposizioni più significative attinenti all'organo in questione, secondo una suddivisione ideale che prevede in primo luogo l'esame delle norme che più direttamente attengono alla scelta del soggetto chiamato a svolgere la curatela e alla responsabilità del medesimo nello svolgimento dell'incarico e in secondo luogo l'analisi degli aspetti "operativi" su cui la riforma ha inciso in maniera più radicale.

E dunque l'indagine avrà come oggetto, da un lato le nuove disposizioni che ineriscono all'assunzione dell'incarico e ne caratterizzano lo svolgimento, vale a dire quelle relative a nomina, revoca e sostituzione del curatore, rispetto alle quali l'intervento di modifica è stato consistente e rilevante, dall'altro lato le disposizioni caratterizzanti l'attività del curatore con particolare riguardo alla fase dell'apposizione dei sigilli e della liquidazione dell'attivo, anch'esse notevolmente mutate.

In conclusione verrà approfondito il nuovo regime di responsabilità *ex art.* 38 l.f.

Peraltro, in via pregiudiziale, al fine di una corretta ricostruzione del ruolo e delle funzioni espletate all'interno della procedura dal curatore, si reputa opportuno effettuare una sintetica analisi dei rapporti intercorrenti tra gli organi del fallimento.

2. I RAPPORTI TRA GLI ORGANI DELLA PROCEDURA FALLIMENTARE: NUOVE COMPETENZE E NUOVO ASSETTO

Dell'accennato mutamento nell'assetto dei rapporti tra gli organi della procedura fa menzione la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo sulla riforma quando, relativamente alla disposizione che enumera i poteri del giudice delegato, recita espressamente: " ... *Il giudice delegato non è più l'organo motore della procedura, essendo stata sostituita l'attività di direzione, con quella di vigilanza e controllo. Nondimeno, proprio questi poteri sono stati rafforzati in funzione di verificare che la maggiore autonomia del curatore non si risolva in una gestione incontrollata. Da qui la previsione del potere di convocazione del curatore e del comitato dei creditori, quella di vincolare alla autorizzazione del giudice ogni iniziativa giudiziale, quella di liquidare il compenso ai difensori nominati dal curatore e di disporre la revoca e quella*

di rendere partecipe il curatore del procedimento di nomina degli arbitri rimasto in capo al giudice. Rimane altresì in capo al giudice il potere di pronunciare provvedimenti urgenti finalizzati alla conservazione del patrimonio del debitore fallito; ... Tale potere non è illimitato, ma è condizionato alla mancata contestazione da parte dei terzi che rivendichino un proprio diritto incompatibile con l'acquisizione stessa ...”.

E dunque in sede di prima analisi già si può concludere che:

- l'organo motore della procedura diventa il curatore, sostituendosi in queste funzioni al giudice delegato (d'ora in avanti g.d.);
- l'attività del g.d. è di vigilanza e controllo sul curatore.

Ma per avere una visione organica e compiuta del nuovo assetto si rende opportuno anche soffermarsi sulle disposizioni degli artt. 31 e 41 l.f..

Il primo rubricato “*gestione della procedura*”, individuando le funzioni del curatore, specifica che questi ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del g.d. e del comitato, ribadendo il suo ruolo di motore della procedura medesima ma evidenziando altresì che dette operazioni sono “*vigilate*” anche dal comitato dei creditori.

E' con riferimento a questo organo, infatti, che va valutata la portata del cambiamento nella definizione dei ruoli apportata da questa riforma. Come esattamente notato², va identificato nel comitato dei creditori il titolare di poteri decisionali circa l'opportunità delle scelte da assumere nel corso della procedura e non anche (*rectius* non solo) nel curatore fallimentare. In linea con i principi e i criteri direttivi espressi nell'art. 1, comma 6, punto 2, l. n. 80/2005, le competenze del comitato dei creditori sono state ampliate in modo da consentire “*... una maggiore partecipazione dell'organo alla gestione della crisi di impresa ...*”.

Come spiega anche la relazione illustrativa del d.l.gs. n. 9/2006, il ruolo del comitato è stato ridisegnato e gli sono stati assegnati poteri di autorizzazione e controllo dell'operato del curatore. Non solo. Nei casi in cui le deliberazioni vengono qualificate come vincolanti il legislatore ha riconosciuto a questo organo la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione della procedura.

In effetti, appare evidente che, a fronte di un ridimensionamento dei poteri del giudice delegato, le funzioni del comitato dei creditori sono più estese. Il primo, infatti, non esercita più la direzione delle operazioni del fallimento bensì svolge funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura, mentre il secondo acquisisce nuovi poteri di autorizzazione e controllo sull'operato del curatore, come esamineremo più dettagliatamente in seguito.

A riprova dell'accentuato ruolo gestorio del comitato dei creditori e del curatore può essere menzionato il novellato art. 36 l.f. dove si prevede che contro gli atti di amministrazione del curatore, contro le autorizzazioni o dinieghi del comitato e le relative omissioni il fallito e ogni altro interessato possono proporre reclamo per violazione di legge al g.d.

E infatti due sono gli elementi “*probanti*” che possono trarsi dalla norma in esame.

² L. ABETE, *Sub art. 27*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio, Bologna, 2006, tomo I, 521

In essa, per un verso si accenna ad atti di amministrazione, ad autorizzazioni o dinieghi ovvero omissioni dell'uno o dell'altro organo.

Per altro verso viene sancito che su quegli atti di amministrazione, su quelle autorizzazioni, su quei dinieghi o su quelle omissioni al g.d. spetta solamente un giudizio di legalità, essendogli preclusa qualsiasi valutazione di merito.

Emerge, allora, che laddove il legislatore ha previsto come vincolanti i pareri espressi da questo organo, il comitato stesso partecipa intensamente all'attività di gestione dell'impresa³, espletando un ruolo sconosciuto alla logica della previgente legge fallimentare e sul quale, pur senza alcuna pretesa di esaustività, occorre soffermarsi.

Fino all'approvazione della riforma, infatti, la funzione del comitato dei creditori era essenzialmente consultiva in quanto l'organo veniva interpellato ogni volta in cui il giudice delegato o il tribunale ritenesse necessario acquisire il parere del medesimo (oltre che nei casi espressamente previsti dalla l.f.). La legge, inoltre, riconosceva all'organo un potere di controllo: il comitato collegialmente, o i singoli componenti, potevano ispezionare le scritture contabili e i documenti del fallimento nonché chiedere notizie e chiarimenti al curatore e al fallito⁴. I pareri espressi erano per lo più non vincolanti⁵.

Si evidenziava, inoltre, lo scarso apporto del comitato dei creditori e la scarsa incisività dei pareri espressi dallo stesso. Infatti, per un verso, il comitato era sovente convocato senza osservare le modalità previste per

³ Evidenzia il rafforzamento dei poteri del comitato dei creditori, L. STANGHELLINI, *Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in Fall., 2006, 380 ss.

⁴ Sulla funzione consultiva e di controllo del comitato dei creditori, *ex pluribus*, Cass. 22 dicembre 1992, n. 13592, in Fall. 1993, 609 secondo la quale il comitato dei creditori “... non ha nessun potere di gestione attiva o di rappresentanza del fallimento, ma solo una funzione interna, consultiva o di controllo ...”.

⁵ L'unica ipotesi di parere vincolante era quella prevista dal previgente art. 90 l. f. in relazione alla continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa. Ai sensi del comma secondo del previgente art. 90 l. f., infatti, dopo il decreto che dichiarava esecutivo lo stato passivo, il comitato dei creditori doveva pronunciarsi sull'opportunità di continuare o di riprendere totalmente o parzialmente l'esercizio dell'impresa indicandone le condizioni. La continuazione o la ripresa poteva essere disposta dal tribunale solamente se il comitato dei creditori si fosse pronunciato favorevolmente. Il parere del comitato, dunque, si poteva definire, usando una terminologia propria della scienza amministrativistica, obbligatorio e parzialmente vincolante.

Nel primo senso (obbligatorietà) deponiva la lettera della norma ove si stabiliva che “*il comitato dei creditori deve pronunciarsi*”, nel secondo senso si esprimeva l'ultimo periodo del comma secondo dell'art. 90 dove si precisava che la continuazione o la ripresa dell'esercizio potesse essere disposta dal tribunale solo quando il comitato dei creditori si fosse pronunciato favorevolmente.

gli organi collegiali e, per altro verso, il parere veniva reso su appositi modelli da ciascun componente senza preventivo concerto con gli altri⁶.

Si palesava in non rare occasioni l'effettiva inefficienza o l'inerzia dell'organo in esame sotto la vigenza del r.d. n. 267/1942⁷.

Tanto che, relativamente alle modalità di espressione del parere del comitato dei creditori, l'orientamento prevalente della giurisprudenza di merito, avallando la tesi in base alla quale non si riteneva necessaria la deliberazione collegiale dell'organo assunta a maggioranza, ammetteva che il parere del comitato dei creditori potesse essere assunto – ancorché il comitato si fosse previamente riunito e avesse discusso la questione – con voto fatto pervenire al giudice delegato per iscritto da ciascuno dei componenti. Non solo. Sempre tra la giurisprudenza di merito, si era diffusa la prassi per cui si riteneva sufficiente la semplice richiesta del parere al comitato anche nei casi in cui l'organo collegiale non si fosse poi espresso entro i termini prestabiliti, in ossequio al principio del silenzio - assenso.⁸

In altri termini, di fronte dell'inerzia del comitato, si era sviluppata l'idea che la ricezione del parere fosse superflua e che il comitato dei creditori fosse organo di dubbia utilità.

Di qui la necessità, recepita nei vari progetti di riforma delle procedure concorsuali presentati nelle ultime legislazioni, di procedere o all'abolizione dell'organo ovvero (scelta effettivamente adottata dal legislatore della riforma in commento) ad un potenziamento delle funzioni e del ruolo da esso esercitati attribuendogli un vero e proprio potere di incisivo controllo sull'attività del curatore.

3. LA NOMINA DEL CURATORE.

Una delle modifiche più rilevanti concerne la nomina del curatore e, in particolare, quanto disposto dall'art. 28 l.f.

Ai sensi della novellata disposizione, infatti, l'incarico può essere svolto da:

- a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti;
- b) studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lett. a). In tal caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura;

⁶ M.E. GALLESIO PIUMA, *Il comitato dei creditori*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2000, III, 109

⁷ I motivi di questa inefficienza vengono puntualmente individuati da G. SCHIAVON, *Sub. Artt. 40 – 41*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio, cit., 667, nella nomina effettuata da parte del g.d. senza criteri predeterminati e senza considerazione della competenza tecnica dei singoli componenti; nella demotivazione dell'organo per la riuscita della procedura e per il recupero del credito; nell'atteggiamento assunto da giudici e curatori nella consultazione del comitato ritenuto privo di utilità e mera formalità.

⁸ In tal senso, Trib Roma, 19 novembre 1992, in *Fall.*, 1993, 653.

- c) coloro che abbiano svolto funzione di amministrazione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento.

Si specifica inoltre che nel provvedimento di nomina il tribunale indichi le specifiche caratteristiche e attitudini del curatore (comma secondo) e si individuano (comma terzo) precise cause di incompatibilità per l'assunzione dell'incarico da parte di coniuge, parenti entro il quarto ed affini entro il secondo grado del fallito, di creditori del medesimo, di chi abbia concorso al dissesto dell'impresa durante i due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento e, infine, di quanti si trovino in conflitto di interessi con il fallimento.

Vengono dunque rimodellate le disposizioni contenute nei previgenti artt. 27 e 28 l.f. che individuano precipuamente i limiti, sia di carattere negativo che di carattere positivo (secondo la definizione della dottrina maggioritaria) ai quali il tribunale si deve attenere al momento della nomina⁹.

I limiti negativi individuano quanti non possano assolvere all'ufficio di curatore e sono attualmente esplicitati nel terzo comma dell'art. 28 l.f.; quelli positivi indicano al contrario i requisiti che il soggetto deve possedere per assolvere l'incarico e sono previsti nel primo comma della medesima disposizione.

Le rilevanti modifiche apportate dal legislatore in punto di nomina del curatore, peraltro, necessitano di una sintetica illustrazione della disciplina previgente nell'ambito della quale scarse erano le indicazioni circa l'individuazione dei soggetti nominabili.

In merito ai requisiti positivi necessari per la nomina del curatore, la vecchia disposizione che prevedeva che i curatori fallimentari venissero selezionati da un ruolo degli amministratori giudiziari, era stata abrogata in seguito all'emanazione del d.l.gs.c.p.s. 23 agosto 1946 (*Norme circa la soppressione del ruolo degli amministratori giudiziari e la liquidazione del fondo sociale*).

Invero, l'art. 1 del d.l.gs. c.p.s. n. 153/1946 stabiliva che tali incarichi dovevano essere conferiti agli iscritti negli albi degli avvocati, dei procuratori, degli esercenti in economia e commercio e dei ragionieri. Per motivi da indicarsi nel provvedimento di nomina, l'incarico in questione poteva essere conferito a professionisti non iscritti nei suddetti albi ovvero a persone non iscritte in alcun albo professionale.

Una simile previsione, secondo alcuni¹⁰, era finalizzata a garantire proprio la professionalità di chi assume l'ufficio; la deroga, infatti, se per un verso consentiva scelte del curatore improntate a minor rigore, in un'ottica di alternanza nell'affidamento degli incarichi, per altro verso doveva essere considerata come "criterio" solamente sussidiario rispetto alla regola generale. E' all'evidenza, infatti, che un professionista iscritto negli albi ha acquisito negli anni in cui si è dedicato all'esercizio dell'attività professionale

⁹ In merito all'interpretazione della precedente disposizione, si veda tra gli altri, G. CASELLI, *Organi del fallimento*, in Commentario Scialoja – Branca, Legge fallimentare, artt. 23 – 41, Bologna 1977, 132 ss.; G. BERNONI – P. PAJARDI – M. BOCCHIOLA – C. GOCINI, *Il curatore del fallimento*, Milano 1988, 9 ss.; M. E. GALLESIO PIUMA, *Il curatore*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. PANZANI, Torino 2000, 55; B. QUATRARO – S. D'AMORA, *Il curatore fallimentare*, Tomo I, Manuale interdisciplinare del fallimento, Milano 1999, 531 ss.

¹⁰ In questo senso, M. E. GALLESIO PIUMA, op. cit. 20.

competenza, conoscenza del mercato e capacità nella gestione delle procedure, tali da consentirgli lo svolgimento “ professionale dell’incarico”¹¹.

Sulla scorta di simili considerazioni, nel vigore della previgente normativa si riteneva che il difetto di motivazione nel provvedimento di nomina di un soggetto non iscritto negli albi prima menzionati, potesse sia giustificare la revoca della nomina, sia causare la sua eventuale integrazione.

Secondo la giurisprudenza di merito, poi, la cancellazione dall’albo professionale non costituiva causa automatica di decadenza dall’ufficio, ancorché il tribunale potesse revocare l’incarico o confermarlo nell’interesse della procedura¹². Ribadendo che l’iscrizione all’albo professionale non costituiva requisito imprescindibile per la nomina, la giurisprudenza riconosceva implicitamente al professionista cancellato dall’albo la possibilità di essere confermato nell’incarico, valutando, allora, sia i motivi che avevano dato origine al provvedimento di cancellazione, sia la professionalità acquisita durante l’esercizio della propria attività professionale e spendibile all’interno della gestione della procedura¹³.

Da presupposti completamente diversi prende spunto il nuovo art. 28 l.f. nell’ambito del quale, come spiega il legislatore “... *la figura del curatore si rinnova profondamente anche con riguardo ad una struttura organizzata ovvero a coloro che, pur non essendo professionisti, abbiano dimostrato di essere dotati di comprovate capacità gestionali ...*”

E dunque possiamo ad analizzare nello specifico la disposizione in commento.

Con riferimento alle previsioni di cui alla lett. a) *nulla quaestio*. In proposito va solamente evidenziata la circostanza per cui il d.l.gs. n. 139 /2006 ha istituito l’albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili comprensivo delle due categorie professionali dei dottori commercialisti e dei ragionieri commercialisti.

Di ben altra portata la specificazione contenuta nella lett. b) dell’art. 28 l.f.

¹¹ BERNONI – PAJARDI - BOCCHIOLA – GOCINI, op. cit., 10.

¹² Trib. Roma 15 febbraio 1996, in *Il fall.*, 1996, 815.

¹³ Per quel che concerne l’aspetto specifico dei requisiti per la nomina del curatore o del commissario giudiziale occorre evidenziare come fin dai più antichi progetti di legge presentati per la riforma delle procedure concorsuali non fossero previste modifiche di rilievo rispetto sul punto.

Si pensi, ad esempio, alla bozza di legge delega per la riforma del legge fallimentare predisposta dalla commissione ministeriale del ministero della Giustizia nel 1984, ove veniva riconfermato il principio per cui il curatore dovesse essere nominato tra gli iscritti all’albo degli avvocati e dei procuratori, dei dottori commercialisti e dei ragionieri della circoscrizione del tribunale, “... *con possibilità di deroga sia delle categorie indicate, sia dell’ambito territoriale, mediante provvedimento motivato*”.

In tal modo si intendeva sia agevolare i piccoli tribunali che “... *talora non dispongono della collaborazione di studi organizzati per procedure complesse e di notevoli dimensioni*”, sia consentire “... *al Tribunale di avvalersi di persone particolarmente competenti (professori universitari) ancorché non iscritte in alcun albo, per procedure di particolare complessità*”(Così espressamente, *Bozza di Legge delega per la riforma della legge fallimentare*, Commissione Ministeriale, 1984, sub. art. 7).

Coerentemente con quanto previsto nella legge di delega¹⁴, la riforma delle procedure concorsuali estende la nomina ad associazioni professionali e a società tra professionisti richiedendo ai soci delle medesime il possesso dei requisiti professionali menzionati nella lett. a). Si stabilisce, inoltre, che all'atto dell'accettazione dell'incarico venga designata la persona responsabile della procedura.

La previsione è di non poco conto atteso che con essa il legislatore ha “scardinato” il principio posto alla base della nomina cui si ispirava la precedente normativa e che esigeva che il curatore fosse una persona fisica. Peraltro la stessa previsione non può destare ulteriori perplessità in termini di opportunità, viste le recenti modifiche apportate in materia di società tra professionisti.

Per quanto concerne gli studi associati, il riferimento continua ad essere la l. n. 1815/1939¹⁵ ed in particolare l'art. 1 della medesima secondo il quale *“le persone munite dei necessari titoli di abilitazione, ovvero autorizzate all'esercizio di specifiche attività in forza di particolari disposizioni di legge, si associano per l'esercizio delle professioni o delle altre attività per cui sono abilitate o autorizzate, debbono usare, nella denominazione del loro ufficio e nei rapporti coi terzi, esclusivamente la dizione di studio tecnico, legale, commerciale, contabile, amministrativo o tributario, seguito dal nome e cognome coi titoli professionali dei singoli associati”*.

Relativamente alla natura, alla struttura e alle regole di funzionamento delle associazioni professionali la giurisprudenza si è pronunciata in modo difforme.

Se da un lato, infatti si è riconosciuta allo studio associato la possibilità di applicare le regole dettate in materia di società semplice di cui l'associazione stessa rappresenta una delle più concrete e rilevanti manifestazioni e si è riconosciuta agli stessi studi associati soggettività giuridica, in quanto centro di imputazione giuridica a rilevanza esterna distinto dai componenti del medesimo¹⁶, dall'altro lato si è escluso che il mandato conferito dal cliente al professionista possa intendersi conferito impersonalmente e collettivamente a tutti gli associati¹⁷.

Mentre è da dire che da tempo la dottrina ha evidenziato come la prestazione professionale possa all'occasione aver luogo o tramite una prestazione congiunta dell'opera professionale ovvero tramite prestazioni effettuate separatamente dai singoli associati, l'opera dei quali è per la clientela fungibile ed equivalente¹⁸.

¹⁴ Si tratta di quanto disposto dall'art. 1, comma sesto, punto 3) della l.n. 80/2005.

¹⁵ Legge 23 novembre 1939, n. 1815 recante la *“Disciplina giuridica degli studi assistenza e di consulenza”*.

¹⁶ *Ex pluribus*, App. Milano, 19 aprile 1996, in Soc., 1996, 1283; App. Milano, 27 maggio 1998, in Soc., 1998, 10, 1042

¹⁷ In questo senso si esprime, ad esempio, Cass. 11 settembre 2000, n. 11922, in Giuda ala diritto, 2000, 39, 78.

¹⁸ Tra gli altri, A. PAVONE LA ROSA, *Società tra professionisti e artisti*, in Riv. soc., 1998, 100; G. SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti*, Milano, 1997, *passim*, secondo il quale il principio della personalità della prestazione va inteso come riconoscimento del principio dell'*intuitus personae* che può essere riferito anche a realtà strutturalmente differenti rispetto al singolo professionista che fornisce la prestazione intellettuale.

Per converso l'art. 2 della stessa l.n. 1815/1939¹⁹ veniva abrogato dalla c.d. legge Bersani²⁰ e dunque veniva dato riconoscimento giuridico alle società finalizzate a fornire ai propri consociati o a terzi prestazioni di assistenza o consulenza in materia tecnica, legale, commerciale, amministrativa, contabile o tributaria.

In virtù della detta abrogazione si faceva derivare la legittimità di società tra professionisti (anche multidisciplinari) costituite secondo lo schema delle società di persone.

Con riferimento alle società tra professionisti, poi, seppure con evidenti limiti di oggetto, il d.l.gs. n. 96/2001 ha consentito l'esercizio in forma societaria della professione forense²¹ inserendo nell'ordinamento interno il primo esempio di società tra professionisti²², la società di avvocati per l'appunto, regolata, nelle lacune della normativa speciale, secondo la disciplina delle società in nome collettivo²³

Non è questa la sede più appropriata per soffermarsi sulla disciplina della società di avvocati prima e per ora unica società tra professionisti regolamentata dal diritto positivo. Ai fini che ci occupano, però si reputa opportuno soffermarsi su alcune disposizioni del d.l.gs. n. 96/2001 che appaiono strettamente correlate con quanto il legislatore della riforma delle procedure concorsuali ha previsto nel novellato art. 28 l.f.

Come detto, infatti, la lett. b) della norma in commento reca due significativi principi.

Il primo: i soci e gli associati delle società tra professionisti o degli studi professionali chiamati a svolgere l'incarico devono necessariamente essere professionisti iscritti in uno degli albi previamente indicati (lett. a, art. 28 l.f.) e ciò si mostra coerente con quanto disposto dall'art. 21 d.l.gs. n. 96/2001 che richiede ai soci della società tra professionisti di aver conseguito l'abilitazione all'esercizio della professione forense, ovvero con l'art. 24 che in punto di conferimento dell'incarico professionale ne prevede l'esecuzione solo da parte di uno o più soci in possesso dei requisiti per l'esercizio dell'attività professionale richiesta.

Il secondo: qualora venga designata come curatore una associazione professionale o una società tra professionisti, al momento dell'accettazione dell'incarico si rende necessario indicare il responsabile della procedura.

Questa previsione, secondo alcuni, è stata dettata per evidenti esigenze di coordinamento con quanto previsto dall'art. 32 l.f. secondo cui il curatore esercita personalmente le funzioni²⁴.

V'è comunque da dire che due sono i corollari che si possono far discendere dalla regola ora enunciata.

¹⁹ L'art. 2 delle l. n. 1815/1939 disponeva che “è vietato costituire esercitare o dirigere, sotto qualsiasi forma diversa da quella di cui al precedente, società, istituti, uffici, agenzie o enti, i quali abbiano lo scopo di dare, anche gratuitamente, ai propri consociati o ai terzi, prestazioni di assistenza o consulenza in materia tecnica, legale, commerciale, amministrativa, contabile o tributaria”.

²⁰ Si tratta dell'art. 24 della legge 7 agosto 1997, n. 266.

²¹ D.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, “Attuazione della Direttiva 98/CE volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica professionale”.

²² Per una analisi delle questioni relative alle società tra professionisti ed alle associazioni tra professionisti, si rimanda a C. BAUCO, G. FREZZA, G. VALENTE, “Le società di professionisti”, Milano 2002, nonché ai Documenti Aristeia nn. 6/2001 e 7/2001.

²³ Art. 16 d.l.gs. n. 96/20.

²⁴ L.PANZANI, *Il curatore nella legge fallimentare*, in www.ilfallimentonline.ipsoa.it, 2005, 7.

E' evidente che in presenza di un incarico conferito ad una struttura organizzata si renda sempre necessario individuare il responsabile del procedimento come del resto previsto in materia di società tra professionisti. Degna di considerazione, infatti, è la circostanza per cui nell'ambito della società di avvocati occorre identificare precisamente il professionista che deve materialmente eseguire l'incarico²⁵ al fine dell'assunzione della relativa responsabilità per la prestazione professionale resa.

E' del pari evidente che il tribunale nomina l'associazione o la società tra professionisti e l'organizzazione medesima – e solo essa – sceglie al suo interno il professionista più indicato come responsabile della procedura²⁶.

Da ciò consegue che anche in assenza di indicazione del responsabile resta comunque valida la nomina a curatore dello studio associato o della società tra professionisti. Ciò che muta è appunto la responsabilità che in questo ultimo caso sarà condivisa tra società e tutti i soci. Non solo. Ancorché la legge taccia sul punto, sembra plausibile ammettere la sostituzione del responsabile da parte della società che, come detto, resta il curatore del fallimento.

Svolte queste considerazioni, in punto società professionali, continuando con la disamina dei soggetti indicati nell'art. 28 l.f., occorre soffermarsi sulle previsioni di cui alla lett. c) che, come anticipato, annovera tra quanti possano assumere l'incarico coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento²⁷.

Dunque tre sono i requisiti che si richiedono ai soggetti sopra indicati.

Il primo, l'aver svolto funzioni di amministrazione e controllo in s.p.a. Il secondo, l'aver dato prova di adeguate capacità imprenditoriali, l'ultimo, di non essere stati dichiarati falliti.

Con riferimento al primo punto non pochi sono gli aspetti controversi.

²⁵ Ai sensi dell'art. 24 d.l.gs. n. 96/2001, infatti, il cliente ha diritto di chiedere che l'esecuzione dell'incarico sia affidata ad uno o più soci da lui scelti sulla base di un elenco scritto con l'indicazione dei titoli e delle qualifiche professionali di ciascuno di essi. Inoltre, in difetto di scelta, è la società stessa a comunicare al cliente il nome del socio o dei soci incaricati prima dell'inizio dell'esecuzione del mandato. In caso contrario l'incarico si presume conferito a tutti i soci.

Rilevanti le conseguenze in punto di responsabilità. Come disposto dall'art. 26 d.l.gs. n. 96/2001 il socio o i soci incaricati sono personalmente e illimitatamente responsabili per l'attività professionale svolta. La società risponde con il suo patrimonio. In difetto della citata comunicazione (con la quale la società trasmette al cliente il nome del socio incaricato) per le obbligazioni derivanti dall'attività professionale svolta da uno o più soci la responsabilità è solidale tra società e tutti i soci (non solo gli incaricati).

²⁶ E ciò si desume sia dalla ratio posta alla base di tutte le società tra professionisti. Non ci riferiamo solo alla società di avvocati, ma anche, laddove come ritiene la dottrina più autorevole si ritengano tali le società di revisione; in questo senso per tutti, M. BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, Milano, 1985, *passim*.

²⁷ Secondo alcuni, la novità della riforma è consequenziale al nuovo ruolo assunto dal curatore rispetto al g.d. nonché è dovuta all'esigenza di praticità e concretezza nella gestione della procedura; in questo senso M. VITIELLO, *Gli organi della procedura fallimentare*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2006, 78.

In via preliminare, occorre evidenziare l'assoluta genericità del testo normativo laddove richiede di fornire prova di adeguate capacità imprenditoriali ai soggetti interessati.

In altri termini non viene precisato come debba essere fornita la prova, e in cosa essa debba consistere lasciando all'autonomia di convincimento dell'organo giudiziario la valutazione dell'adeguatezza delle capacità imprenditoriali²⁸.

In secondo luogo, le funzioni svolte dal soggetto all'interno della s.p.a. devono essere state di amministrazione, direzione e controllo. Anche in merito a questo criterio di scelta è necessario spendere qualche considerazione.

Per quanto riguarda la funzione direttiva, alcuni²⁹ ritengono che soggetti interessati siano i direttori generali la cui responsabilità è regolamentata dall'art. 2396 c.c.(e assimilata a quella degli amministratori dalla medesima norma).

Con l'entrata in vigore della l. n. 262/2005, recentemente modificata dal d.l.gs. n. 303/2006, però, sorge il dubbio che tra quei soggetti che hanno assunto funzioni di direzione all'interno delle s.p.a., possano essere annoverati quanti abbiano svolto compiti di dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, atteso che, come osservato in altra sede³⁰ e in base alla disciplina che definisce ruolo, competenze e caratteristiche dell'incarico, anche il dirigente preposto si pone come organo di vertice nell'organigramma aziendale, con un ruolo spiccatamente gestionale ed organizzativo. Si pensi solamente alle previsioni del novellato art. 154 *bis* TUF³¹ nelle quali si specifica che il dirigente preposto:

- predispone adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione del bilancio d'esercizio, del consolidato se previsto e di ogni altra comunicazione;
- dispone di adeguati mezzi e poteri per svolgere le proprie mansioni (su cui vigila il consiglio di amministrazione);
- relaziona sull'adeguatezza e l'effettiva applicazione delle menzionate procedure.

Per quel che concerne le funzioni di amministrazione nell'ambito delle s.p.a. la lettera della legge non effettua distinzione tra quanti siano esecutivi o non, né tra quanti siano o meno in possesso di deleghe. Per converso si specifica che colui che ha ricoperto la carica di amministrazione deve dar prova di adeguate capacità imprenditoriali.

²⁸ Secondo L. ABETE, cit., 536, tale accertamento si risolverebbe in una *quaestio facti* rimessa al prudente apprezzamento del tribunale.

²⁹L. ABETE, cit., 535.

³⁰ Documento Aristeia n. 72.

³¹ La disposizione, che reca la disciplina in materia di dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, è introdotta con la l. n. 262/2005, è stata recentemente modificata dal d.l.gs. n. 303/2006.

Nonostante le difficoltà prima segnalate circa la formazione dell'onere della prova relativo all'adeguatezza delle capacità imprenditoriali, la detta specificazione consentirebbe di escludere dal novero dei soggetti gli amministratori indipendenti³² ma probabilmente anche gli amministratori non esecutivi³³.

E dunque potrebbero svolgere l'incarico quanti abbiano, secondo l'accezione or ora illustrata, effettivamente gestito l'impresa, assumendo ruoli di amministrazione nell'ambito di s.p.a. organizzate secondo il modello tradizionale di *governance* oppure quanti siano stati nominanti componenti del consiglio di gestione nell'ambito di s.p.a. organizzate secondo il sistema dualistico, ovvero, infine, quanto siano stati nominati nel consiglio di amministrazione di s.p.a. gestite secondo il sistema monistico³⁴.

Infine, passando alle funzioni di controllo possono essere effettuate le seguenti osservazioni.

In primo luogo, va evidenziata la genericità della previsione anche in merito a quest'ultimo aspetto, laddove la lettera della legge potrebbe offrire lo spunto per indurre a ritenere che anche i soggetti preposti al controllo contabile possano ricoprire l'incarico. Una simile interpretazione però dovrebbe essere respinta a priori e per

³² L'unica definizione del c.d. amministratore indipendente rinvenibile nel codice civile è contenuta nell'ambito della disciplina del sistema monistico di amministrazione e controllo. Il secondo comma dell'art. 2409 *octiesdecies* c.c., infatti, relativamente al comitato per il controllo sulla gestione prevede che questo sia composto da amministratori in possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità stabiliti dallo statuto e dei requisiti di indipendenza di cui all'art. 2409 *septiesdecies* c.c. (che rinvia ai requisiti di indipendenza dettati per i sindaci), che non siano membri del comitato esecutivo ed ai quali non siano attribuite deleghe o particolari cariche e comunque non svolgano, anche di mero fatto, funzioni attinenti alla gestione dell'impresa sociale o di società che la controllano o ne sono controllate. Per converso, con riferimento alla s.p.a. quotate, il codice di autodisciplina delle società quotate, c.d. codice preda, modificato nel luglio 2006, contiene una elencazione (non esaustiva, per espressa previsione dello stesso documento) delle cause che potrebbero minare *ab origine* l'indipendenza di un amministratore. E dunque vengono considerati indipendenti, gli amministratori non esecutivi che: a) non controllino, direttamente o indirettamente né esercitino influenza dominante sull'emittente; b) non siano stati esponenti di rilievo nei precedenti tre esercizi dell'emittente; c) non intrattengano, né abbiano intrattenuto significative relazioni commerciali, finanziarie o professionali con l'emittente o sue controllate; d) non abbiano ricevuto una remunerazione aggiuntiva rispetto all'emolumento fisso di amministratore non esecutivo nei precedenti tre esercizi; e) non siano stati amministratori dell'emittente per più di nove anni; f) non rivestano la carica di amministratore esecutivo in una società nella quale un amministratore esecutivo dell'emittente abbia incarichi di amministrazione; g) se non siano soci o amministratori di altra società o di un'entità appartenente alla rete della società incaricata della revisione contabile; h) non sia uno stretto familiare di un soggetto che si trovi in una delle condizioni su menzionate. Sugli amministratori indipendenti, F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2004, 108 ss; per gli ampi riferimenti comparativistici si veda, V. R. LENER, *Gli amministratori indipendenti*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma del diritto societario*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, 115 ss.

³³ Secondo la definizione data dal codice Preda, gli amministratori non esecutivi apportano le loro specifiche competenze all'interno delle discussioni consiliari affinché vengano assunte decisioni equilibrate e " ... *prestando particolare cura alle aree in cui possono manifestarsi i conflitti di interesse* ...".

³⁴ Sulla disciplina dei due sistemi alternativi si rimanda ai Documenti Aristeia nn. 61 e 67.

due ovvie ragioni. La tipicità della funzione di controllo contabile³⁵ e l'assenza in tali funzioni di elementi di imprenditorialità.

In secondo luogo, quale conseguenza dell'assunto che precede, si può sostenere, allora, che la disposizione venga interpretata nel senso di limitare la nomina a curatore solamente a quanti abbiano ricoperto incarichi in collegi sindacali di s.p.a. che abbiano adottato il sistema tradizionale di *governance*, nei consigli di sorveglianza di s.p.a. che abbiano adottato il sistema dualistico di *governance* e infine nei comitati per il controllo sulla gestione di s.p.a. che abbiano adottato il sistema monistico di *governance*.

In proposito è d'uopo rammentare che gli organi di controllo non si limitano ad effettuare un controllo di legalità bensì svolgono altresì vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione. Più precisamente, *rectius* più dettagliatamente, tale controllo sull'amministrazione comporta altresì un controllo sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento che comporta necessariamente da parte dei controllori una valutazione delle scelte dell'organo di gestione³⁶.

Alla luce di tutto ciò, però, un'ultima considerazione si impone e in chiave critica.

Sfugge il motivo per cui il legislatore della riforma abbia effettuato distinzione tra quanti svolgano funzioni di amministrazione o direzione nell'ambito di s.p.a. e quanti svolgano le medesime funzioni all'interno di s.r.l. o finanche tra i primi e gli imprenditori individuali o gli amministratori di s.n.c. o di s.a.s.

Se con riferimento ai secondi la differenziazione effettuata dal legislatore potrebbe essere facilmente compresa (anche se risulta difficoltoso negare imprenditorialità a strutture societarie dove c'è impresa a prescindere dal tipo di organizzazione prescelto), incomprensibile, nonché discriminate, sembra essere l'esclusione di quanti abbiano svolto attività di amministrazione, direzione e controllo all'interno di s.r.l. a meno che, come suggerito da alcuni³⁷, sia il regime di responsabilità del curatore delineato dall'art. 38 l.f. ad offrire una valida chiave di lettura.

Ai sensi dell'art. 38 l.f., infatti, il curatore adempie ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal piano di liquidazione con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. Appare indubbio il riferimento agli stessi criteri scelti dal legislatore della riforma del diritto societario per definire la responsabilità degli amministratori di s.p.a. e non anche a quelli indicati per valutare la responsabilità degli

³⁵ Cfr art. 2409 *ter* c.c. e per le sp.a. che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio art. 156 TUF.

³⁶ La norma di riferimento per il collegio sindacale è l'art. 2403 "*Doveri del collegio sindacale*" cui rinvia anche la lett. c) dell'art. 2409 *terdecies* c.c. sulle "*Competenze del consiglio di sorveglianza*": Invero la lett. b) dell'art. 2409 *octiesdecies* c.c. specifica un *quid novi* tra i doveri del comitato per il controllo sulla gestione del sistema monistico. Questo organo, infatti vigila sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare i fatti di gestione. Ciò non stupisce in quanto, da un lato, il comitato per il controllo di gestione è parte del consiglio di amministrazione (arg. ex artt. 2409 *sepietdecies* e *octiesdecies* c.c.) ancorché non ne facciano parte amministratori con particolari deleghe o esecutivi o che svolgano funzioni attinenti alla gestione, anche di mero fatto, e dall'altro lato induce a supporre che allora per questi soggetti dovrebbe risultare più agevole fornire la prova dell'adeguata capacità imprenditoriale.

³⁷ L. ABETE, cit., 534.

amministratori di s.r.l.³⁸. E dunque, secondo tale impostazione, dal momento che il curatore condivide con l'amministratore di s.p.a. il regime di responsabilità per gli inadempimenti derivanti dal proprio ufficio, è lecito presumere che l'attività del medesimo possa essere assimilata solamente a quella svolta da un amministratore di s.p.a.

In ogni caso, sarebbe stato sicuramente più opportuno stabilire precisi criteri di professionalità.

Continuando con la disamina dell'art. 28 l.f., il comma secondo stabilisce che nel provvedimento di nomina siano indicate dal tribunale le specifiche caratteristiche e attitudini del curatore.

La precisazione non genera particolari perplessità.

Per specifiche caratteristiche si intendono le competenze e le capacità professionali del soggetto nominato da cui sia possibile evincere un'adeguata conoscenza delle procedure concorsuali. Per attitudini si intendono sia il bagaglio delle conoscenze, sia la specializzazione nel diritto commerciale del soggetto da nominare, documentabile tramite l'esperienza professionale e il percorso formativo dallo stesso prescelto.

Significativa è la previsione in base alla quale il tribunale debba fornire tale indicazione nel provvedimento di nomina. Il che, sulla base della mera interpretazione letterale della disposizione, ha fatto presumere che tale indicazione non possa mancare sia nella sentenza con cui viene dichiarato il fallimento e contestualmente nominato il curatore, sia nei provvedimenti di nomina che fanno seguito alla revoca del curatore per primo nominato, sia in quelli che seguono alla richiesta di sostituzione avanzata da tanti creditori che rappresentino in sede di adunanza per l'esame dello stato passivo la maggioranza dei crediti allo stato ammessi³⁹.

Resta, infine, da esaminare la disposizione di cui al terzo comma dell'art. 28 l.f. secondo cui non possono essere nominati curatori:

- il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado del fallito
- i creditori di questo e quanti abbiano concorso al dissesto dell'impresa durante i due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento
- coloro che si trovino in conflitto di interessi con il fallimento.

Con riferimento al primo aspetto (coniuge, parenti ed affini entro il quarto grado), si tratta evidentemente di una causa di incompatibilità da cui deriva la decadenza dall'incarico.

Con riferimento al secondo aspetto (creditori e quanti abbiano concorso al dissesto dell'impresa), è indubbio che il legislatore abbia inteso impedire la nomina di quanti abbiano concorso con comportamenti commissivi

³⁸ Ai sensi dell'art. 2392 c.c. gli amministratori di s.p.a. devono adempiere i doveri ad essi imposti con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze, mentre ai sensi dell'art. 2476 c.c. gli amministratori di s.r.l. sono solidalmente responsabili dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società medesima. In questo caso, dunque, nel silenzio della legge che non individua precisi criteri per verificare nel caso concreto la violazione dell'obbligo, si renderà necessario ricorrere alle regole dettate in tema di diligenza del mandatario ex art. 1710 c.c.

³⁹ Secondo L. ABETE, cit., 537, questa lettura della norma garantisce che la nomina del curatore quand'anche sia vincolata dalle scelte espresse dal ceto creditorio, sia espressione di “... un'opzione meditata...”.

od omissivi al dissesto dell'impresa⁴⁰ purché la condotta sia stata posta in essere nel biennio precedente alla dichiarazione di fallimento. In proposito occorre notare come dal testo di legge è stato espunto il riferimento al professionista che abbia prestato la propria attività a favore del fallito o si sia ingerito in qualsiasi modo nell'impresa del medesimo durante i due anni anteriori alla dichiarazione del fallimento⁴¹.

Pur restando immutato il lasso temporale preso in considerazione dal riformatore, mutano i soggetti interessati dalla previsione. Nella previgente disciplina, infatti, il professionista che avesse prestato comunque la propria attività professionale a favore del fallito durante i due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento non poteva venir nominato curatore. A fonte della recente modifica, invece, il professionista – consulente può essere sempre incaricato fatta eccezione per l'ipotesi in cui abbia effettivamente concorso – con il debitore - al dissesto dell'impresa.

In conclusione resta da definire l'ultima specificazione contenuta nel terzo comma dell'art. 28 l.f. vale a dire quella dove l'incompatibilità è estesa a quanti si trovino in conflitto di interessi con il fallimento. La norma, come si legge nella relazione illustrativa, ha carattere generale e il conflitto di interessi con il fallimento da cui discenderebbe incompatibilità per l'assunzione dell'incarico può essere anche solo potenziale. Il che comporta una valutazione caso per caso effettuata dal tribunale al momento della nomina⁴² al fine di evitare che il soggetto prescelto svolga l'incarico secondo modalità che non arrechino benefici al fallimento.

4. LA REVOCA E LA SOSTITUZIONE DEL CURATORE

Così come avvenuto in punto di nomina anche le disposizioni sulla revoca e sulla sostituzione del curatore sono state ampiamente modificate e, più precisamente, nel senso di riconoscere al comitato dei creditori maggiori poteri ovvero maggior coinvolgimento nei relativi procedimenti.

4.1 LA REVOCA DEL CURATORE

Rispetto alla previgente formulazione, resta invariato il primo comma dell'art. 37 l.f. in base al quale il tribunale può pronunciare la revoca del curatore, in ogni tempo, su proposta del g.d. o del comitato dei creditori ovvero d'ufficio. La revoca, come si evince dall'art. 23 l.f., rubricato "*Poteri del tribunale*"⁴³,

⁴⁰ Per una compiuta elencazione della casistica, si rinvia a L. ABETE, cit., 541 ss.

⁴¹ Tale era la previsione del previgente art. 28 l.f.

⁴² Secondo L. ABETE, cit. 540 sarebbe opportuno che il tribunale, in un'ottica di valutazione degli interessi di ciascun creditore o almeno di ciascuna categoria di creditori provveda a scegliere il soggetto che appaia maggiormente idoneo di assolvere il proprio incarico in modo funzionale alle esigenze di tutti " ... e non già in modo da veicolare unicamente gli interessi e le esigenze di un dato creditore, di una determinata categoria di creditori ...".

⁴³ Ai sensi dell'art. 23 l.f. il tribunale provvede alla nomina, alla revoca e alla sostituzione degli organi della procedura per giustificati motivi.

necessita di un giustificato motivo, vale a dire l'esistenza di una causa valida a pregiudicare gli interessi della procedura⁴⁴.

Il procedimento di revoca si svolge di fronte al tribunale secondo le forme di cui agli artt. 737 c.p.c., e dunque seguendo le disposizioni relative ai procedimenti in camera di consiglio. All'udienza camerale dovranno essere sentiti curatore e comitato dei creditori ai quali dovrà necessariamente essere comunicata con largo anticipo la data e l'ora della medesima. E' all'evidenza che la mancata convocazione del curatore, impedisce allo stesso di comparire in udienza per essere sentito e impedisce al tribunale di emettere il decreto motivato di revoca. Per converso, la mancata comparizione del curatore regolarmente convocato non osta alla pronuncia del provvedimento di cui all'art. 37 l.f.

Stesse considerazioni valgono con riferimento al comitato dei creditori. Pertanto la mancata comparizione di uno o più componenti del comitato purché regolarmente convocati non è impeditiva del procedimento.

Il tribunale, come detto, dispone con decreto motivato e contro il decreto di revoca o di rigetto dell'istanza è, ai sensi del comma terzo dell'art. 37 l.f., esperibile reclamo alla Corte d'appello ai sensi dell'art. 26 l.f. La proposizione del reclamo, comunque, non sospende l'efficacia del decreto e il reclamo in questione, ai sensi del secondo comma dell'art. 26, può essere proposto dal curatore, dal fallito e dal comitato dei creditori.

Con la previsione da ultimo menzionata si è "sovvertito" il prevalente indirizzo giurisprudenziale formatosi *ante* riforma secondo cui il provvedimento di revoca del curatore non era reclamabile alla Corte d'Appello in quanto, ai sensi del previgente art. 23 comma terzo, l.f., in tutte le materie di sua competenza il tribunale decideva con decreto non soggetto a gravame. Parimenti lo stesso provvedimento non era censurabile in sede di legittimità attesa la natura e l'efficacia tipicamente ordinatoria del medesimo che ne faceva un atto interno alla procedura col fine precipuo di salvaguardarne il regolare svolgimento e dunque ispirato da un fine esclusivamente pubblicistico⁴⁵.

3.2. LA SOSTITUZIONE DEL CURATORE

Di non poco momento la previsione di cui all'art. 37 *bis* l.f.

In proposito, la legge di delega, art. 1, comma sesto, lett a), punto 9, nell'ambito delle modifiche relative all'accertamento del passivo disponeva che il legislatore delegato prevedesse che in sede di adunanza per l'esame dello stato passivo i creditori potessero, a maggioranza dei crediti insinuati, confermare o effettuare

⁴⁴ *Ex pluribus*, da ultimo, Cass. n. 7876 del 5 aprile 2006. Nell'ambito della sentenza la Suprema Corte specifica che e quello del curatore è un ufficio di interesse pubblico da cui può essere disposta la rimozione in ogni tempo qualora il tribunale ritenga che la permanenza del professionista nello svolgimento dell'incarico possa pregiudicare gli interessi della procedura. Si noti, in merito che la stessa relazione illustrativa in punto di revoca del curatore esplica che si tratta di " ... un provvedimento che non incide direttamente su diritti soggettivi del curatore ... ".

⁴⁵ In questo senso, Cass, 3 settembre 2004, n. 17879 e Cass. n. 7876/2006, cit. Pertanto, come illustra la sentenza da ultimo menzionata era fatto salvo il diritto dei soggetti interessati dal provvedimento a rappresentare al tribunale ogni situazione sopravvenuta che potesse essere dallo stesso liberamente apprezzabile in sede di decisione sulla rimozione del curatore.

nuove designazioni in ordine ai componenti del comitato, nonché confermare il curatore ovvero chiederne la sostituzione con contestuale indicazione di un nuovo nominativo al g.d.

Occorre evidenziare, in primo luogo, che il legislatore delegato nel recepimento non ha riconosciuto ai creditori il potere di confermare gli organi in questione.

Come spiegato nella relazione illustrativa due sono state le ragioni per cui non è stata riprodotta la previsione della legge di delega.

Per un verso, si è inteso evitare che le nomine del tribunale e del giudice delegato venissero considerate provvisorie; per altro verso si è altresì evitata la necessità di instaurare all'interno della procedura un subprocedimento volto alla conferma degli organi. Conferma che si realizza ogni volta in cui il tribunale non revochi il curatore nell'ambito del procedimento di cui all'art. 37 l.f. o non provveda alla sua sostituzione ai sensi dell'art. 37 *bis* l.f.

In questo modo si è garantito il principio di diritto per cui all'organo che nomina compete la sostituzione del curatore.

Passando all'esame delle previsioni contenute nell'art. 37 *bis* l.f. si può notare quanto segue.

La lettera della legge esige che la richiesta provenga, in sede di adunanza per l'esame dello stato passivo dai creditori presenti in prima persona o per delega che rappresentino la maggioranza dei crediti allo stato ammessi.

Come notato esisterebbe un'effettiva discrasia tra la prima parte della norma, dove si accenna all' adunanza per l'esame dello stato passivo, e la precisazione che i crediti debbano essere ammessi.

In sede di prima interpretazione si è suggerito, allora, di considerare che la richiesta di sostituzione debba avvenire necessariamente dopo la verifica dello stato passivo in quanto se il credito è stato ammesso si presume che lo stato passivo sia stato approvato e dichiarato esecutivo⁴⁶.

Da ciò consegue che se l'accertamento dello stato passivo si dovesse svolgere nel corso di diverse udienze solamente al termine dell'ultima, con l'emissione del decreto di esecutività dello stato passivo, il tribunale potrebbe soffermarsi sulla richiesta di sostituzione avanzata dai creditori⁴⁷.

Con riferimento, poi, a quest'ultima ipotesi, vale a dire all'accertamento dello stato passivo nel corso di molteplici udienze, resta da chiarire quando la presenza dei creditori si debba considerare necessaria e indefettibile. E' all'evidenza che i creditori debbano essere presenti nel momento in cui il tribunale proceda al computo della maggioranza dei crediti effettivamente ammessi e dunque solamente nell'udienza in cui il tribunale dichiara esecutivo lo stato passivo⁴⁸.

⁴⁶ In tal senso G. SCHIAVON, *Del comitato dei creditori*, cit., 675.

⁴⁷ Sempre G. SCHIAVON, cit., 676, conclude che la locuzione impiegata dal legislatore nel testo della norma "allo stato " ammessi sia " ... *oltre che impropria, sotto il profilo lessicale, anche inutile* .. " in quanto la richiesta di sostituzione avanzata prima della formazione dello stato passivo è priva di effetto e dunque l'ammissione dei crediti non potrebbe mai essere provvisoria.

⁴⁸ In tal senso, ancora G. SCHIAVON, cit., 676.

A tal proposito occorre notare che il secondo comma dell'art. 37 *bis* l.f. impone di escludere dal computo dei crediti, su istanza di uno o più creditori, quelli che si trovino in conflitto di interessi.

Mentre dal testo della norma deriva con estrema chiarezza che l'esclusione dei creditori in conflitto non può avvenire d'ufficio, non viene specificato cosa il legislatore volesse intendere con conflitto di interessi e in quale modo l'esistenza di tale conflitto debba essere manifestata.

Con riferimento, poi, ai poteri del tribunale nell'ambito del procedimento di sostituzione del curatore non si riscontrano particolari problematiche.

L'ultimo capoverso del primo comma dell'art. 37 *bis* l.f. precisa infatti, che “ ... *il tribunale provvede alla nomina dei soggetti designati dai creditori salvo che non siano rispettati i criteri di cui agli artt. 28 e 40 ...*”.

Pertanto, si evince chiaramente che l'organo giurisdizionale è vincolato al nominativo fornito dai creditori - che, come anticipato, devono motivare la richiesta - e, laddove esistano valide ragioni, a pronunciare la sostituzione del curatore⁴⁹.

Peraltro l'unica ipotesi in cui il tribunale potrà disattendere le istanze dei creditori sarà quando nella individuazione del nuovo curatore quelli non abbiano rispettato i criteri di cui all'art. 28 e dunque scelto soggetti privi dei requisiti ivi indicati.

Quello del tribunale si rivela un controllo di legittimità e non anche un controllo di merito essendogli preclusa qualsiasi valutazione sull'opportunità della richiesta di sostituzione⁵⁰.

Tanto che avverso il provvedimento di nuova nomina o avverso il provvedimento con cui il tribunale rifiuta la sostituzione del curatore è ammesso reclamo alla Corte d'Appello ai sensi dell'art. 26 l.f.

Va comunque evidenziato che quanto previsto dal legislatore in tema di sostituzione non chiarisce le modalità con cui il curatore di prima nomina verrà sostituito.

In altri termini, resta da stabilire - e forse occorrerà attendere le prime pronunce della giurisprudenza di merito - se il procedimento di sostituzione descritto nell'art. 37 *bis* l.f. sia sufficiente ed autonomo ai fini della sostituzione, ovvero se occorra necessariamente revocare il curatore per primo nominato.

Le soluzioni fornite al problema non sono, finora, univoche.

Secondo alcuni la nomina del nuovo incaricato non comporterebbe l'instaurazione del procedimento di revoca del curatore di prima nomina, in quanto, procedimento autonomo e nettamente differenziato dal legislatore rispetto a quello delineato nell'ambito dell'art. 37 l.f.. Sulla base di questa interpretazione, il procedimento si risolverebbe con la semplice nomina del soggetto indicato in sostituzione del primo curatore⁵¹.

⁴⁹ E dunque il curatore diventa espressione dei creditori “forti”, in quanto è evidente che la richiesta di sostituzione non avverrà solamente nei casi in cui si intenda affidare la gestione della procedura a soggetti maggiormente qualificati sotto il profilo professionale di quelli nominati dal tribunale, ma anche nei casi in cui i creditori intendano sostituire il curatore di prima nomina con un soggetto maggiormente accondiscendente.

⁵⁰ L. PANZANI, *Le linee principali dello schema di decreto delegato: gli organi fallimentari e i poteri del giudice*, in *Il fall.*, 2006, 490.

⁵¹ Di tale avviso, L. ABETE, cit., 637.

Secondo altri, al contrario, la nomina del nuovo curatore comporterebbe necessariamente la revoca del primo e dunque il rispetto della procedura individuata nel menzionato art. 37 l.f., ancorché non richiamata nel più volte menzionato art. 37 *bis* l.f.⁵². Il che farebbe presumere, per un verso, che contestualmente alla sostituzione venga richiesta la revoca del curatore di prima nomina da parte del comitato dei creditori e, per altro verso, che si osservino nell'unico procedimento anche le regole processuali indicate nell'art. 37 l.f.⁵³

4 GESTIONE DELLA PROCEDURA: GLI ASPETTI DI MAGGIOR RILIEVO NELL'ATTIVITÀ DEL CURATORE FALLIMENTARE

Ai sensi dell'art. 31 l.f. il curatore ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del g.d. o del comitato dei creditori, come sopra specificato.

Ai sensi dell'art. 32 l.f., inoltre, il curatore esercita personalmente le proprie funzioni e può delegare ad altri specifiche operazioni previa autorizzazione del g.d. mentre, secondo quanto recita il secondo comma della medesima disposizione, è il comitato dei creditori l'organo al quale viene riconosciuto il potere di autorizzazione del curatore a farsi coadiuvare da tecnici o da altre persone retribuite, compreso il fallito, dell'operato dei quali è pienamente responsabile⁵⁴.

Diversi gli adempimenti richiesti al curatore ai fini della presentazione della relazione *ex art.* 33 l.f.

Si pensi a titolo esemplificativo a quanto disposto dal terzo comma di questa norma dove si precisa che qualora si tratti di società, la relazione del curatore deve esporre i fatti accertati e le informazioni circa la responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo, dei soci e di eventuali soggetti terzi oppure alla previsione contenuta nel quinto comma in base alla quale al curatore spetta redigere ogni sei mesi successivi alla presentazione della relazione in oggetto, un rapporto riepilogativo delle attività svolte, con le indicazioni raccolte dopo la stesura della prima relazione e con l'allegazione del conto della sua gestione. Copia del rapporto è trasmessa ai creditori i quali, collegialmente o singolarmente, possono formulare osservazioni scritte esercitando, in questo modo, l'attività di vigilanza che compete loro sulle operazioni compiute dal curatore.

Un'altra copia del rapporto è trasmessa, con le eventuali osservazioni del comitato o dei singoli creditori, per via telematica al registro delle imprese.

⁵² In tal senso L.PANZANI, cit. 490.

⁵³ E dunque procedimento in cui siano ascoltati sia il curatore che si intende revocare, sia il comitato dei creditori che propone la revoca e la sostituzione e in cui vengano valutate le ragioni della richiesta nonché l'esistenza dei criteri di cui all'art. 28 l.f. nella designazione del sostituto e di eventuali conflitti di interessi in capo ad alcuno dei creditori.

⁵⁴ Evidente la modifica rispetto alla disciplina previgente in base alla quale l'autorizzazione del g.d. era necessaria anche per l'assistenza del coadiutore e il comitato dei creditori esprimeva in merito un semplice parere (obbligatorio ma non vincolante). L'innovazione ben si comprende considerando il ruolo di controllo sulla gestione della procedura assegnato al comitato dei creditori e ponendo le dovute attenzioni anche all'ultimo capoverso del secondo comma dell'art. 32 l.f. dove si precisa che del compenso riconosciuto ai coadiutori del curatore si tiene conto ai fini della liquidazione del compenso finale del curatore: dunque il compenso è posto a carico della procedura.

In un'ottica di semplificazione della procedura va intesa anche la modifica apportata all'art. 35 l.f. (*Integrazione dei poteri del curatore*). Nella citata disposizione si specifica che il curatore può effettuare riduzioni di crediti, transazioni, compromessi, rinunzie alle liti, ricognizioni di diritti di terzi, cancellazioni di ipoteche, restituzioni di pegni, svincolo delle cauzioni, accettazione di eredità e donazioni nonché atti di straordinaria amministrazione⁵⁵ senza alcuna necessità di essere previamente autorizzato dal g. d. ma solamente con l'autorizzazione del comitato dei creditori⁵⁶.

5.1.L' APPOSIZIONE DEI SIGILLI (cenni)

Il capo IV del titolo secondo della legge fallimentare attiene alla custodia e all'amministrazione delle attività fallimentari.

Si reputa opportuno esaminarne in questa sede gli aspetti di maggior interesse ed evidenziare, *ab initio*, che anche questa fase sembra essere stata modificata in virtù dei generali criteri indicati al legislatore delegato: semplificazione, riduzione dei termini e razionalizzazione della procedura.

Peraltro, le modifiche relative al procedimento dell'apposizione dei sigilli, si ricollegano al nuovo assetto ideato con riferimento ai ruoli e alle funzioni degli organi della procedura.

Ai sensi dell'art. 84 l.f. si prevede che dopo la dichiarazione di fallimento, il curatore procede all'apposizione dei sigilli sui beni che si trovano nella sede principale dell'impresa e sugli altri beni dell'imprenditore secondo quanto stabilito dal codice di procedura civile (artt. 752 ss.).

Il curatore nell'espletamento del compito può chiedere l'assistenza della forza pubblica e nel caso in cui i beni si trovino in luoghi diversi e non risulti agevole procedere nelle operazioni l'apposizione dei sigilli può essere delegata a uno o più coadiutori designati dal giudice delegato. Si specifica, poi, che per i beni o le cose su cui non è possibile apporre i sigilli si procederà ai sensi dell'art. 758 c.p.c.

Dalla lettera della norma si evincono chiaramente gli elementi innovativi rispetto alla previgente formulazione dell'art. 84 l. f.

In primo luogo, è all'evidenza che il riformatore ha rafforzato anche in questa fase il ruolo del curatore che diventa unico organo interessato dalla/alla apposizione.

Come noto, difatti, ai sensi del previgente art. 84, era il giudice delegato, o in caso di impedimento e per sua delega il giudice di pace, a procedere immediatamente all'apposizione dei sigilli sui beni. All'apposizione dei sigilli nella sede principale dell'impresa doveva assistere, salvo legittimo impedimento, il curatore e, qualora i beni si trovassero in località diversa, erano i giudici di pace competenti a procedere, previa richiesta del g. d. trasmessa tramite gli uffici di cancelleria. Infine il giudice che procedeva all'apposizione dei sigilli poteva emettere i provvedimenti provvisori e conservativi che ritenesse più opportuni compresa la vendita di cose deteriorabili.

⁵⁵ Gli atti comunque enunciati nell'*incipit* del primo comma devono ritenersi comunque atti di straordinaria amministrazione; in questo senso, L. ABETE, cit., 597.

⁵⁶ A tal proposito parla di "espulsione" del g.d. dalla gestione del patrimonio fallimentare, L. ABETE, cit., 596.

In secondo luogo, degna di nota è la specificazione contenuta nel terzo comma dell'art. 84 nella quale si dispone che, se i beni si trovano in luoghi differenti e il completamento delle operazioni risulta non agevole, l'apposizione dei sigilli può essere delegata dal curatore ad uno o più coadiutori designati dal g. d.

Il che significa che in questo caso il curatore individua il coadiutore cui delegare l'attività e il g.d. designa il coadiutore scelto dallo stesso curatore.

La precisazione non è di poco conto stante la differente disciplina di cui al primo comma dell'art. 32 l.f.

In questa disposizione, come precedentemente accennato, si precisa che il curatore può delegare a terzi specifiche attività, in riferimento all'esercizio di alcune attribuzioni sue proprie, previa autorizzazione del g. d.: in altri termini, mentre nell'ambito dello "scenario" descritto nell'art. 32 l.f. il g.d. si limita ad autorizzare la delega, essendo la nomina atto proprio del curatore fallimentare, nell'ipotesi dell'apposizione dei sigilli il g.d. procede alla designazione del delegato.

Pertanto, assume notevole rilievo stabilire se nell'ipotesi delineata nell'art. 84 l.f. il coadiutore può essere assimilato al delegato di specifiche attività *ex art. 32 l.f.*, alla luce della considerazione che questa norma precisa che del compenso si tiene conto ai fini della liquidazione del compenso del curatore.

E dunque, solo concludendo che il coadiutore è un delegato del curatore – come pare potersi evincere dalla lettera dell'art. 84 l.f.⁵⁷ – il criterio menzionato dovrebbe essere impiegato per determinare il compenso di quello designato nel corso del procedimento di apposizione dei sigilli, fermo restando quanto dispone l'art. 25, n. 4, l.f., che riconosce al giudice delegato il compito di liquidare i compensi delle persone la cui opera è stata richiesta dal curatore nell'interesse del fallimento.

Continuando con la disamina delle novità in materia, si annota la circostanza per cui l'art. 85 l.f., che conteneva la disciplina dell'apposizione dei sigilli da parte del giudice di pace, è stato logicamente espunto dal tessuto normativo dalla riforma, mentre risulta modificato l'art. 86 l.f. finanche nella rubricazione.

La nuova norma, rubricata infatti "*Consegna del denaro, titoli, scritture contabili e di altra documentazione*", prevede un parziale stravolgimento del procedimento per quel che concerne i beni e le cose che dovranno essere direttamente consegnati al curatore senza necessità dell'apposizione dei sigilli. Più specificamente viene precisato che devono essere consegnati al curatore:

- il denaro contante affinché lo stesso curatore lo depositi ai sensi dell'art. 34 l.f. (vale a dire su conto corrente intestato all'ufficio fallimentare acceso presso un ufficio postale o presso una banca)
- le cambiali e gli altri titoli compresi quelli scaduti
- le scritture contabili e ogni altra documentazione dal medesimo richiesta o acquisita se non ancora depositate in cancelleria.

Si stabilisce, inoltre, che il giudice delegato può autorizzare il deposito dei citati beni in luogo idoneo anche presso terzi e che in ogni caso il curatore è tenuto ad esibire le scritture contabili su richiesta del fallito o di chi ne abbia interesse.

⁵⁷ Tale è la conclusione anche di R. FONTANA, *Sub art. 84*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 1360.

Sul punto occorre precisare che il previgente art. 86 l.f. prevedeva, da un lato, un obbligo di vidimazione delle scritture contabili da parte del giudice e il deposito delle medesime presso la cancelleria del tribunale, dall'altro lato, l'autorizzazione al curatore da parte del g.d. di trattenere tali scritture temporaneamente con l'obbligo di esibirle ad ogni legittima richiesta.

Chiara, dunque, risulta essere la modifica apportata dalla riforma volta a superare qualsiasi intervento del g. d. nell'acquisizione e conservazione delle scritture contabili.

La novella, poi, disciplina espressamente il rimedio esperibile nel caso in cui il curatore non voglia esibire le dette scritture contabili o la documentazione richiesta, colmando una lacuna del previgente art. 86 l.f. che sul punto taceva. Si precisa, infatti, che qualora il curatore non ritenga di dover esibire quanto richiesto, l'interessato può proporre ricorso al g. d. che provvederà con decreto motivato.

Per quanto concerne le modifiche apportate all'art. 87 l.f. relativo alla redazione dell'inventario, poi, viene attribuita al curatore la possibilità di rimuovere i sigilli e di redigere l'inventario senza la previa autorizzazione del g.d.. La novità si giustifica con l'esigenza di razionalizzare e semplificare il procedimento di inventariazione dei beni con riguardo alle modalità di gestione e ai tempi.

Diversamente, la possibilità concessa al curatore di nominare all'occorrenza uno stimatore – facoltà esercitata in precedenza solamente dal g. d., ai sensi del previgente art. 87 l.f. – si giustifica nell'ambito della nuova ripartizione di competenze e funzioni tra gli organi della procedura e nell'ambito dei pieni poteri di gestione riconosciuti al curatore⁵⁸.

V'è da dire, comunque, che il contenuto dell'art. 87 l.f. non risulta, se non per quanto su esposto, innovato rispetto alla disciplina *ante* riforma. Pertanto si può evidenziare che :

- l'inventario dovrà essere redatto dal curatore nel più breve termine possibile, rispettando comunque il termine di cui all'art. 762 c.p.c.
- dovranno essere avvisati il fallito e il comitato dei creditori, se esistente
- alla redazione il curatore procederà con l'assistenza del cancelliere formando processo verbale delle attività compiute. In merito si vuole rammentare che il verbale resta comunque un atto del curatore e conseguentemente che secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di merito la mancata sottoscrizione del medesimo è motivo di nullità
- si chiederà la collaborazione del fallito o, in caso di fallimento di società, degli amministratori delle medesime, prima della chiusura dell'inventario, per acquisire notizie da parte del curatore dell'esistenza di altre attività da comprendere nell'inventario: a tal fine il curatore è tenuto ad invitare questi soggetti a fornire le dette indicazioni avvertendoli che in caso di falsa o omessa dichiarazione incorreranno nelle pene di cui all'art. 220 l.f.
- l'inventario sarà redatto in doppio originale e sottoscritto da tutti gli intervenuti ed uno degli originali dovrà essere depositato in cancelleria.

⁵⁸ Anche il compenso dello stimatore verrà liquidato ai sensi dell'art. 25, primo comma, n. 4, l.f. dal g.d. su proposta del curatore.

Di nuova coniazione l'art. 87 bis l.f. relativo all' *"Inventario su altri beni"*.

La relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo spiega che :” ... *in accordo con le nuove disposizioni in materia di decreti di acquisizioni di cui all'art. 25, comma 1, n. 2, si è ritenuto di trattare la problematica dei beni sui quali i terzi vantano diritti nella più generale attività di formazione dell'inventario, includendo tra i beni inventariabili sia quelli che si trovano presso terzi consenzienti (salvo il diritto di costoro di chiedere la rivendica o la restituzione), sia quelli di cui il terzo ha il godimento in base ad un titolo opponibile, ma in questo caso il bene non viene preso in consegna dal debitore ..."*.

Pertanto, ai sensi dell'art. 87 bis l.f., i beni mobili su cui i terzi vantano diritti reali o personali chiaramente riconoscibili possono essere restituiti con decreto del giudice delegato su istanza della parte interessata e con il consenso del curatore e del comitato dei creditori anche provvisoriamente nominato. Questi beni possono essere inclusi nell'inventario. Si dispone, inoltre, che vengono inventariati i beni di proprietà del fallito rispetto ai quali il terzo detentore può vantare il diritto di rimanere nel godimento in virtù di un titolo opponibile al curatore. Rispetto a tali beni non trova applicazione l'art. 88 l.f. relativo alla presa in consegna. Come diretta conseguenza delle modifiche apportate all'art. 87 bis anche nel primo comma dell'art. 89 l.f., viene specificato che il curatore deve compilare l'elenco dei creditori e l'elenco di quanti vantano diritti reali e personali, mobiliari e immobiliari su cose in possesso o nella disponibilità del fallito con l'indicazione dei relativi titoli. I dati in base ai quali si procede alla redazione dell'elenco sono tratti dalle scritture contabili e da altre notizie eventualmente raccolte dal curatore medesimo.

Il novellato art. 89 l.f. si conclude ribadendo la necessità, peraltro già espressa nella previgente normativa, di depositare i detti elenchi in cancelleria. La riproposta specificazione non è di facile comprensione in quanto nella prassi, come è noto agli operatori, gli elenchi in questione vengono redatti per uso interno al fine di provvedere all'adempimento delle formalità espresse nell'art. 92 l.f.

Mentre immutato è l'art. 88 l.f. relativo alla presa in consegna dei beni del fallito da parte del curatore.

6. LA LIQUIDAZIONE

Di notevole impatto le modifiche apportate al Capo VI della legge fallimentare, mutato finanche nella rubricazione che oggi attiene all'esercizio provvisorio e alla liquidazione dell'attivo.

Più precisamente, le tre sezioni dalle quali il capo è composto recano le disposizioni generali, quelle relative alla vendita di beni mobili e di beni immobili.

In merito alle sette disposizioni contenute nelle dette sezioni (artt. 104 – 110 l.f.), la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo specifica che, in un'ottica di semplificazione e maggiore efficienza della procedura, il legislatore ha preso in considerazione le prassi virtuose di alcuni tribunali che hanno adottato soluzioni liquidatorie improntate a rapidità e duttilità delle operazioni. Pertanto si è resa necessaria l'adozione di procedure più snelle e conseguentemente una ridefinizione - l'ennesima - dei ruoli degli organi. Tanto che: “ ... *si è ritenuto di dover privilegiare la scelta di una minore giurisdizionalizzazione, in*

coerenza con l'accentuato ruolo del curatore, divenuto il vero organo motore della procedura, dal quale parte ogni impulso per le scelte di liquidazione e conservazione delle imprese assoggettate alla procedura concorsuale, nella consapevolezza che, invece, il ruolo del giudice deve essere esclusivamente indirizzato ad una funzione sulla regolarità della procedura e di organo preposto alla soluzione dei conflitti endoconcorsuali ... In stretta correlazione a questa nuova impostazione delle attribuzioni degli organi fallimentari, è stato ridisegnato, anche nella fase liquidatoria, il ruolo del comitato dei creditori, espressione collettiva dell'interesse comune del ceto creditorio, cui è attribuito il compito precipuo di effettuare le valutazioni sulla convenienza economica delle operazioni liquidatorie, mediante pareri anche vincolanti per il curatore ed autorizzazioni per gli atti maggiormente significativi sul piano economico ...”⁵⁹.

Nelle pagine che seguiranno verranno analizzate le disposizioni contenute nella sezione I recante le “Disposizioni generali” in punto di liquidazione dell'attivo ed esercizio provvisorio.

6.1 L'ESERCIZIO PROVVISORIO E L'AFFITTO D'AZIENDA

In linea con le accennate esigenze si pone sicuramente la disposizione di cui all'art. 104 l.f. in tema di esercizio provvisorio dell'impresa del fallito.

Due le modalità con cui l'esercizio può essere disposto.

Nel primo caso, con la sentenza dichiarativa di fallimento, come già era previsto nella disciplina recata dal previgente art. 90, se dalla interruzione dell'attività commerciale possa derivare un danno grave, purché la prosecuzione dell'attività non arrechi pregiudizio ai creditori. L'esercizio provvisorio potrà essere disposto anche con riferimento a specifici rami d'azienda.

Rispetto alla formulazione del previgente art. 90 l.f. per quel che concerne l'ipotesi ora presa in considerazione occorre effettuare alcune precisazioni.

In primo luogo, è evidente che il danno che il tribunale deve valutare nella sentenza dichiarativa di fallimento deve possedere oggi solamente la caratteristica della gravità e non più quella della irreparabilità.

In secondo luogo, ancorché dall'interruzione possa derivare un grave danno alla produttività lo stesso non è condizione sufficiente affinché il tribunale decida l'esercizio provvisorio: in ogni caso, infatti, occorre che l'esercizio provvisorio non sia pregiudizievole alle ragioni dei creditori⁶⁰.

In terzo luogo la prosecuzione dell'attività di impresa verrà sempre pronunciata con la sentenza dichiarativa di fallimento e dunque non come in passato, dopo aver dichiarato il fallimento e fino a quando lo stato passivo non sia diventato esecutivo e con decreto non soggetto a reclamo adottato in camera di consiglio.

⁵⁹ In tal senso sempre la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo.

⁶⁰ Secondo E. MATTEI, *L'esercizio provvisorio*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2006, 218, vigente la precedente disciplina il danno grave ed irreparabile richiesto dall'art. 90 l.f. era sempre visto nella perdita d'avviamento che rappresentava naturalmente un pregiudizio per i creditori.

E' lecito presumere che ai fini del convincimento del tribunale saranno esperibili tutti i rimedi indicati nel novellato art. 15 l.f. relativo all'istruttoria prefallimentare. E dunque assumerà valore quella situazione patrimoniale economico-finanziaria che l'imprenditore sarà tenuto a depositare (art. 15, comma quarto, l.f.) o quanto emerso dalle consulenze tecniche di parte nominate ai sensi dell'art. 15, comma settimo, l.f.

La seconda modalità con cui può essere disposto l'esercizio provvisorio è quella indicata nel secondo comma dell'art. 104 l.f. e in essa può cogliersi " ...l'aspetto più significativo dell'innovazione ..." in quanto rende evidente che l'istituto non è concepito solamente e non più in un'ottica strettamente privatistica bensì in un'ottica pubblicistica di conservazione dell'impresa subordinatamente al consenso del ceto creditorio⁶¹.

In effetti si dispone che, successivamente alla sentenza dichiarativa di fallimento, su proposta del curatore e previo parere favorevole del comitato dei creditori, il g.d. autorizza con decreto motivato la continuazione temporanea dell'impresa anche limitatamente a specifici rami d'azienda e ne fissa la durata.

Anche con riferimento a quest'ipotesi, corre l'obbligo di effettuare alcune precisazioni.

La norma va sicuramente coordinata con la disposizione di cui all'art. 104 *ter* l.f., comma secondo, lett. a) che impone al curatore di specificare nel programma di liquidazione l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio o di singoli rami di azienda.

Inoltre, da quanto è dato evincere dalla lettera della legge, il parere del comitato dei creditori sembra essere obbligatorio e forse anche vincolante in quanto il legislatore impone al g.d. di disporre l'esercizio solo "previo parere favorevole" del comitato medesimo⁶².

Tanto è incisivo il potere del comitato dei creditori relativamente all'esercizio provvisorio dell'impresa che il riformatore ha previsto la convocazione dell'organo da parte del curatore almeno ogni tre mesi ai fini di una corretta informazione sull'andamento della gestione e al fine di consentirgli di pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio. Da ciò e dal combinato disposto delle menzionate previsioni (secondo e terzo comma art. 104 l.f.) emerge chiaramente che il comitato esprime pareri vincolanti tanto più che nel successivo quarto comma si riconosce ai creditori la possibilità di esercitare potere di veto alla prosecuzione dell'esercizio provvisorio.

La lettera della disposizione, infatti, non consente differenti interpretazioni quando prevede che " *se il comitato non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio provvisorio, il giudice delegato ne ordina la cessazione* " (art. 104, comma quarto, l.f.).

Continuando con l'esegesi, degna di nota è la previsione contenuta nel quinto comma.

In essa si specifica che il curatore deve presentare al comitato dei creditori ogni sei mesi, o alla conclusione del periodo di esercizio provvisorio, un rendiconto dell'attività tramite deposito in cancelleria⁶³. Lo stesso

⁶¹ In questo senso si esprime la relazione illustrativa.

⁶² L. PANZANI, cit., 491 lo indica come parere favorevole obbligatorio e che evidenzia come il parere negativo alla prosecuzione impone la cessazione dell'esercizio; mentre E. MATTEI, cit., 219 ritiene che spetti ancora al giudice un autonomo potere di valutazione in ordine alla legittimità ed opportunità dell'esercizio provvisorio. A ben vedere, attenendosi alla lettera della legge, la discrezionalità del g.d. è ravvisabile senza dubbio alcuno solamente nella fissazione della durata dell'esercizio.

curatore, poi, è tenuto ad informare senza indugio sia il giudice delegato, sia il comitato dei creditori delle circostanze sopravvenute che possono influire sulla prosecuzione dell'esercizio stesso.

E dunque, dal momento che il curatore è tenuto a fornire simili informazioni sia al comitato, sia al g.d. delle sembra non priva di fondamento la tesi sopra esposta, vale a dire che il g.d. è vincolato comunque alle valutazioni del comitato dei creditori.

Tanto più che il sesto comma dell'art. 104 riconosce solamente al tribunale il potere di dichiarare la cessazione dell'esercizio provvisorio in qualsiasi momento, quando ne ravvisi l'opportunità, sentiti il curatore e il comitato dei creditori⁶⁴.

In linea con quanto finora illustrato nel documento e diversamente dal passato, sembra, infine, essere la previsione secondo cui i contratti pendenti alla data del fallimento proseguono durante il periodo di esercizio provvisorio salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli secondo le norme relative agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti. Per espresso rinvio contenuto nell'ultimo comma dell'art. 104 tali norme trovano applicazione anche al momento della cessazione dell'esercizio provvisorio.

Come detto, il riformatore ha notevolmente modificato la fase relativa alla liquidazione. Non solo le norme dettate in tema di esercizio provvisorio e appena esaminate ma anche quelle relative all'affitto d'azienda o alla vendita di beni confermano quanto finora sostenuto.

E dunque occorre indagarne gli aspetti di maggiore interesse.

Con riferimento all'affitto d'azienda, l'art. 104 *bis* l.f. prevede che il g.d., anche prima della presentazione del programma di liquidazione di cui all'art. 104 *ter* l.f., su proposta del curatore e acquisito il parere favorevole del comitato dei creditori, possa autorizzare l'affitto dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami quando ciò appaia utile “...*al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa*”⁶⁵.

La scelta dell'affittuario è atto del curatore che dovrà rispettare quanto previsto dall'art. 107 l.f. e dovrà attenersi alle risultanze di una stima. La procedura con cui verrà selezionato l'affittuario dovrà garantire informazione e partecipazione degli interessati e la scelta dovrà tener conto oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali. La norma specifica, inoltre, che il contratto di affitto verrà stipulato dal curatore nelle forme previste dall'art. 2556 c.c. e che dovrà prevedere quanto segue:

- il diritto del curatore di procedere alla ispezione della azienda,

⁶³ Secondo E. MATTEI, cit., 220, tale rendiconto dovrebbe essere redatto secondo i criteri che regolano i bilanci intermedi così da offrire sia un prospetto economico dell'attività svolta, sia la situazione patrimoniale.

⁶⁴ Sembra possibile sostenere, allora, che l'organo, qualora si verifichi una simile ipotesi, esprima un parere obbligatorio ma non vincolante.

⁶⁵ Così recita la norma.

- la prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge,
- il diritto di recesso del curatore dal contratto che può essere esercitato, sentito il comitato dei creditori, con la corresponsione all'affittuario di un giusto indennizzo da corrispondere ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1).

Mentre per un verso si dichiara che la durata dell'affitto deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni, per altro verso viene prevista una norma di dettaglio circa il diritto di prelazione riconosciuto a favore dell'affittuario. In merito, infatti, il quinto comma dell'articolo in esame specifica che il diritto di prelazione a favore dell'affittuario può essere concesso convenzionalmente, previa espressa autorizzazione del giudice delegato e previo parere favorevole del comitato dei creditori. Al verificarsi di una simile ipotesi, una volta che il procedimento volto alla determinazione del prezzo di vendita dell'azienda o del singolo ramo d'azienda sia portato a compimento, il curatore, è tenuto a comunicarlo all'affittuario entro 10 giorni e quest'ultimo può esercitare il diritto di prelazione entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione.

In conclusione l'ultimo comma dell'art. 104 *bis* specifica che la retrocessione al fallimento di aziende, o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 c.c. Ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del titolo II.

Alla luce di quanto su esposto è necessario esaminare alcuni degli aspetti della disciplina dell'affitto d'azienda, strumento ampiamente diffuso nella prassi, ma non regolamentato dal r.d. n. 267/1942.

In primo luogo risulta evidente che il g.d. è tenuto ad autorizzare l'affitto d'azienda previa proposta del curatore e acquisito il parere favorevole del comitato dei creditori.

Il procedimento di autorizzazione, pertanto, si connota per l'esigenza di acquisire il parere favorevole del comitato dei creditori che dunque anche in questo caso sembra essere obbligatorio e vincolante. Resta in capo al g.d. il potere di accertare l'opportunità e la convenienza dell'affitto nell'ottica di realizzare una più proficua vendita dell'azienda o di parti della medesima, ma non il potere di distaccarsi da quanto espresso dal ceto creditorio⁶⁶.

In secondo luogo, va opportunamente evidenziato sia che l'affitto può essere autorizzato anche prima del programma di liquidazione, sia che esso è comunque oggetto di inserimento nell'ambito dello stesso programma (art. 104 *ter*, comma 2, lett. a).

La legge, poi, individua precisi criteri in base ai quali deve essere scelto l'affittuario, privilegiando l'esperimento di procedure competitive che assicurino, tramite adeguate forme di pubblicità, la più ampia partecipazione degli interessati e prevedendo necessariamente una stima dell'intero complesso aziendale. Il compenso dello stimatore, anche in questo caso, come in quello di cui all'art.87 l.f., dovrebbe essere

⁶⁶ E dunque sembrerebbe che le valutazioni del g.d. assumerebbero rilevanza solamente in presenza di un parere favorevole del creditore atteso che, anche se l'organo giudiziario si dichiarasse favorevole ad affittare l'azienda o un ramo della medesima, in presenza di un parere negativo del comitato a nulla varrebbero le sue motivazioni.

liquidato dal g.d. e il riferimento a procedure competitive richiama i tipici strumenti del diritto amministrativo in tema di scelta del contraente⁶⁷.

Degna di nota, però, è la previsione per cui l'affittuario non viene scelto solamente in base al canone offerto in sede di procedura competitiva, bensì anche sulla base delle garanzie prestate e dell'attendibilità di un piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, considerato il mantenimento dei livelli occupazionali.

In altri termini, assume rilievo la circostanza che l'affittuario, *rectius*, colui che probabilmente diverrà tale, presenti un adeguato piano di prosecuzione dell'attività che possa assicurare il mantenimento dei livelli occupazionali a prescindere dall'ammontare del canone offerto (che dunque potrebbe essere teoricamente inferiore a quello offerto da altri soggetti che viceversa non diano adeguato affidamento in punto di prosecuzione dell'attività di impresa e di mantenimento dei livelli occupazionali).

Al curatore spetterà la valutazione dell'attendibilità di tale piano, vale a dire valutare la serietà del medesimo ed esprimere un giudizio circa la possibilità che venga garantita l'effettiva prosecuzione dell'attività.

Il contratto d'affitto viene stipulato dal curatore secondo le prescrizioni di cui all'art. 2556 c.c., vale a dire con forma scritta *ad probationem*, salva l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda o per la particolare natura del contratto. Il contratto, poi, in forma pubblica o di scrittura privata autenticata per atto di notaio, deve essere depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese a cura del notaio rogante o autenticante.

L'affitto, inoltre, deve prevedere un contenuto minimo ed inderogabile individuato dal legislatore nel terzo comma dell'art. 104 *bis* l.f. che riconosce al curatore il diritto di procedere alla ispezione della azienda, la prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge, il diritto di recesso del curatore dal contratto.

In merito all'aspetto da ultimo considerato, poi, si deve tener conto che si precisi nel contratto la necessità di acquisire il parere del comitato (parere obbligatorio ma non vincolante, stante la lettera della legge) sull'intenzione di recedere manifestata dal curatore e la previsione di liquidare all'affittuario un giusto indennizzo da corrispondere ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1), e quindi in predeuzione.

Di non poco interesse si rivela la previsione relativa al riconoscimento del diritto di prelazione in capo all'affittuario laddove si proceda, in epoca posteriore all'affitto, alla vendita del complesso aziendale. Per l'esercizio del diritto di prelazione vengono richiesti i seguenti presupposti.

Il primo: il diritto di prelazione deve essere riconosciuto convenzionalmente; non è diritto riconosciuto *ex lege* e dunque occorre un'espressa convenzione tra le parti che lo contempli.

Il secondo: occorre ai fini del riconoscimento che, da un lato, il g.d. abbia concesso un'espressa autorizzazione in merito, e dall'altro lato che il comitato dei creditori si sia espresso favorevolmente.

Per cui il riconoscimento del diritto di prelazione rappresenta il momento conclusivo di una fattispecie a formazione progressiva che si perfeziona solamente quando tutte le circostanze (ad es. pattuizione convenzionale del diritto) e le fasi su considerate (autorizzazione del g.d. e parere del comitato) si siano verificate.

⁶⁷ Ad esempio, tramite asta pubblica.

Il procedimento con cui poi deve essere notificata la proposta di vendita dell'azienda o del ramo della medesima e con cui l'affittuario deve manifestare l'intenzione di esercitare tale diritto ricalca, fatta eccezione per i termini, quello delineato nell'art. 732 c.c. appositamente dedicato al diritto di prelazione riconosciuto ai coeredi.

6.2 IL PROGRAMMA DI LIQUIDAZIONE

Più volte menzionato nel corso del presente documento è l'art. 104 *ter* l.f. relativo al programma di liquidazione.

E' all'evidenza l'importanza della disposizione che sarà oggetto di commento: fino all'emanazione della riforma non esisteva norma che prevedesse criteri direttivi per il curatore nella fase di liquidazione. Ai sensi del previgente art. 104 l.f., in punto di disposizioni generali sulla liquidazione, il curatore procedeva alla vendita dei beni dopo il decreto che dichiarava esecutivo lo stato passivo sotto la direzione del g.d. e sentito il comitato dei creditori se nominato. Lo stesso curatore poteva procedere alle vendite anche prima del termine su indicato purché fosse stato autorizzato con decreto motivato dal g.d. e avesse interpellato il comitato dei creditori.

Attualmente, invece, il programma diventa il fulcro attorno al quale ruota la fase di liquidazione e in virtù di esso il curatore “ ... potrà procedere alla liquidazione dell'attivo più speditamente, indipendentemente dalla chiusura dello stato passivo ...”⁶⁸.

Tutto ciò posto, v'è da dire *in primis* che sono state esattamente recepite le indicazioni del legislatore delegante atteso che l'art. 1, comma 6, punto 10 della legge di delega ha stabilito che il curatore, entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario, sia tenuto a predisporre un programma di liquidazione, da sottoporre all'autorizzazione del giudice delegato previa approvazione del comitato dei creditori, contenente le modalità e i termini previsti per la realizzazione dell'attivo. La stessa legge di delega precisava che nel programma dovessero essere indicate le condizioni della vendita dei singoli cespiti e il comitato dei creditori potesse indicare eventuali modifiche da apportare.

Il comitato, inoltre, acquistava in questa fase un vero e proprio potere di veto. Il punto 10.5 del citato art. 1, comma 6 della legge di delega disponeva, infatti, che l'approvazione del programma fosse subordinata all'esito favorevole della votazione da parte del comitato dei creditori.

Alla luce di quanto premesso, il primo comma dell'art. 104 l.f. recita che entro sessanta giorni dalla chiusura dell'inventario, il curatore predispose un programma di liquidazione da sottoporre, dopo aver acquisito il parere favorevole del comitato dei creditori, all'approvazione del g.d.

Dal contenuto di questo primo comma emergono aspetti di non scarso interesse.

In primo luogo non è trascurabile l'aspetto meramente “temporale”.

Come anticipato, infatti, il curatore non è tenuto ad attendere il decreto che rende esecutivo lo stato passivo, ma può procedere direttamente entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario. Inoltre, in merito alla qualificazione del termine (di sessanta giorni, appunto) si ritiene che esso sia non perentorio (e semmai acceleratorio); la norma inoltre non menziona alcuna sanzione a carico del curatore laddove non osservi il termine in oggetto⁶⁹.

⁶⁸ Così espressamente la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo.

⁶⁹ In questo senso si segnalano le “Istruzioni ai curatori per la redazione del programma di liquidazione” diffuse dal tribunale di Milano, II sez. civ.

In secondo luogo, il programma deve essere approvato dal g.d. ma trattandosi di un atto di gestione⁷⁰ deve essere previamente portato alla conoscenza del comitato dei creditori tenuto ad esprimere su di esso un parere favorevole. E dunque anche in questo caso il parere del comitato è sicuramente vincolante per il curatore⁷¹, e ad esso, stando al tenore letterale della norma e alla costruzione sintattica della disposizione nonché da quanto è dato evincere dalla relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, è subordinata l'approvazione dello stesso g.d.⁷².

L'approvazione del programma, poi, tiene luogo delle singole autorizzazioni eventualmente necessarie per l'adozione di atti o l'effettuazione di operazioni che siano stati inclusi nel medesimo (art.104 *ter*, comma quarto, l.f.).

Ai sensi del secondo comma, nel programma di liquidazione vanno indicate le modalità e i termini previsti per la realizzazione dell'attivo specificando:

- l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di singoli rami di azienda ai sensi dell'art. 104, ovvero l'opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di rami, a terzi
- la sussistenza di proposte di concordato ed il loro contenuto
- le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare⁷³
- le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco
- le condizioni di vendita dei singoli cespiti.

Emerge con chiarezza, pertanto, che nelle intenzioni del legislatore la fase di liquidazione debba essere programmata e scadenzata e non lasciata all'improvvisazione del curatore che resta vincolato a quanto proposto ai creditori. Ciò è confermato dalla circostanza che in sede di valutazione della responsabilità dell'organo *ex art. 38 l.f.* vengono presi in considerazione i doveri imposti dalla legge o derivanti dal piano di liquidazione approvato, ferma restando la possibilità di una sua possibile revoca in corso di procedura.

⁷⁰ Come viene qualificato dalla relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo.

⁷¹ Secondo G. SCHIAVON, cit., 678, al comitato spetta approvare con specifica votazione il programma presentato dal curatore.

⁷² Secondo la relazione infatti il programma “... prima di essere approvato dal giudice delegato deve ottenere il parere favorevole vincolante del comitato dei creditori ...”; *Contra*, E. MATTEI, cit., 226, secondo il quale resta in capo al g.d. il potere di valutare il programma e, in particolari casi, il potere di respingerlo (ad es. se non lo ritenga conforme a legge, o perché incompleto).

⁷³ L'indicazione delle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie non è previsione di poco conto atteso che uno dei maggiori ostacoli incontrati nella chiusura in tempi brevi delle procedure concorsuali è rappresentato dalla durata dei giudizi promossi dalla curatela. In questo modo il comitato dei creditori potrà valutare effettivamente eventuali vantaggi che possano derivare dal promovimento di simili azioni. A tale scopo, nell'indicazione di azioni risarcitorie, il curatore dovrà puntualmente relazionare nel programma di liquidazione sugli atti di *mala gestio* compiuti dagli amministratori e sui danni correlati, mentre nell'indicazione di azioni revocatorie dovrà riferire sugli atti revocabili compiuti nel periodo sospetto.

Il che fa presumere la “natura contrattuale” del programma di liquidazione, parti del quale sarebbero curatore e comitato dei creditori⁷⁴.

Mentre, poi, per un verso, ai sensi del terzo comma, il curatore può essere autorizzato dal g.d. ad affidare alcune incombenze della procedura di liquidazione dell’attivo ad altri professionisti⁷⁵, per altro verso, e ai sensi del quarto comma dell’art. 104 *ter* l.f., il comitato dei creditori può proporre al curatore di apportare alcune modifiche al programma presentato. La precisazione non è scevra di conseguenze rilevanti sotto il profilo pratico, dal momento che il curatore in questo caso può recepire o meno le indicazioni fornite dal comitato dei creditori. Ciò a conferma del carattere “contrattuale” del programma che vincola le parti a quanto proposto ed approvato.

Tanto è vero quanto appena sostenuto che il quinto comma della norma in esame concede al curatore la facoltà di presentare, per sopravvenute esigenze, e con le modalità indicate nel primo, nel secondo e nel terzo comma un supplemento del piano - *rectius* - del programma di liquidazione⁷⁶.

Identico dunque l’*iter* di approvazione del c.d. programma supplementare che una volta “confezionato” dal curatore deve essere sottoposto al parere vincolante del comitato dei creditori e all’approvazione del g.d.

Infine, degna di nota la previsione recata dal settimo comma dell’art. 104 *ter* l.f. secondo la quale il curatore, sempre previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all’attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l’attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente. In questo caso dopo averne ricevuto comunicazione da parte del curatore, i creditori possono iniziare azioni cautelari o esecutive *uti singuli* sui beni rimessi nella disponibilità del debitore.

Dunque è rimessa alla valutazione del curatore la c.d. derelizione dei beni⁷⁷ che, stando alla relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo, risponde alle più volte menzionate esigenze di speditezza e di economicità della procedura.

6.3 LA VENDITA D’AZIENDA

Novellato e integrato lo scarno art. 105 l.f. con una specifica disciplina inerente la vendita d’azienda che viene ad assumere un ruolo centrale nell’ambito dell’esecuzione coattiva concorsuale.

La vendita può interessare l’azienda, rami della medesima, beni e rapporti in blocco: la liquidazione dei singoli beni può essere disposta solamente quando non sia possibile procedere alla vendita dell’intero

⁷⁴ Trib. Milano, sez. II civ., cit.

⁷⁵ Che parrebbero veri e propri delegati *ex art.* 32 l.f. In tal senso anche L. ABETE, cit., 647.

⁷⁶ E’ evidente che si tratti di una svista legislativa aver indicato nel comma in oggetto il programma come piano

⁷⁷ La liquidazione dei beni può apparire non conveniente per varie ragioni, come spiega la relazione governativa “ ... vuoi per il loro modesto valore venale, vuoi per il carattere di oggettiva in vendibilità come nel caso di impianti fuori norma, e dunque incommerciabili, o di terreni inquinati ...”.

complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco. Pertanto la c.d. liquidazione atomistica diventa l'eccezione alla regola rappresentata dalla cessione in blocco⁷⁸.

La vendita dell'azienda o dei rami della medesima è effettuata secondo le modalità previste dall'art. 107 l.f. e dunque tramite procedure competitive che assicurino massima trasparenza, adeguata pubblicità e massima informazione e partecipazione dei soggetti interessati, incluse quelle offerte da mezzi telematici, e non trascurando le formalità indicate nell'art. 2556 c.c. in punto di trasferimento d'azienda e relativa iscrizione nel registro imprese.

Ai sensi del terzo comma dell'art. 105 l.f., il curatore interviene nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento dell'azienda dove, insieme all'acquirente e ai rappresentanti dei lavoratori, può convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro in base alla legislazione vigente, ciò al fine di consentire la “... *collocazione sul mercato dei nuclei produttivi ancora vitali* ...”⁷⁹.

Nell'ambito della disciplina caratterizzante la cessione e i rapporti tra acquirente e alienante, il legislatore per un verso esclude, salva diversa convenzione tra le parti, la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio dell'azienda ceduta sorti in epoca anteriore al trasferimento e per altro verso concede al curatore di procedere alla cessione delle attività e delle passività dell'azienda o dei suoi rami, nonché di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco, esclusa la responsabilità dell'alienante per i debiti *ex art. 2560 c.c.*

Degna di nota perché innovativa, poi, è la norma in base alla quale il curatore può procedere alla liquidazione anche mediante il conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione, dell'azienda o di rami della stessa, ovvero di beni o crediti con i relativi rapporti contrattuali in corso, esclusa, anche in questa ipotesi, la responsabilità dell'alienante ai sensi dell'art. 2560 c.c.

Sembrerebbe dunque che il curatore potrebbe valutare più conveniente conferire l'azienda o rami della stessa ovvero beni o crediti in una o più società e quindi procedere all'alienazione delle azioni o delle quote delle dette società. Il conferimento in società avverrà comunque attenendosi a quanto disposto nella sezione relativa alle disposizioni generali della fase della liquidazione (sezione oggetto della presente indagine)⁸⁰.

⁷⁸ Preferita perché coerente con la scelta della “conservazione”, come spiega la relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo.

⁷⁹ Sempre la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo. Sembrerebbe che durante l'operazione di vendita, allo scopo di garantire la collocazione sul mercato degli apparati produttivi ritenuti ancora vitali, il curatore possa convenire la modifica dei rapporti contrattuali di lavoro in corso sia con riferimento all'aspetto e alla natura (ad es. da rapporto di lavoro a tempo indeterminato a rapporto di co.co.pro), sia con riferimento alle modalità di espletamento dello stesso rapporto di lavoro (ad es. mutandone l'orario di lavoro, da full - time a part - time).

⁸⁰ E dunque, ad esempio, troveranno applicazione le disposizioni relative al programma di liquidazione contenute nella lett. d), comma 2, art. 104 *ter* l.f. nonché quelle relative alle procedure competitive di scelta dei contraenti.

7. LA RESPONSABILITÀ DEL CURATORE

A fronte delle molteplici e per molti versi nuove attribuzioni demandate all'organo motore della procedura, il legislatore ha previsto un tipico regime di responsabilità per l'inadempimento dei doveri professionali.

Di non poco conto le modifiche recate alla previgente disposizione .

Il primo comma dell'art. 38 l.f. dispone che il curatore adempie ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal piano (*rectius* programma) di liquidazione con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. Il curatore, poi, deve tenere un registro preventivamente vidimato da almeno un componente del comitato dei creditori e annotarvi giornalmente le operazioni relative alla sua amministrazione. Tralasciando la precisazione che il registro deve essere vidimato da almeno uno dei creditori e non più dal g.d. come era sotto la vigenza del r.d. 2676 /1942 – che trova spiegazione nel mutato contesto in cui agiscono e si relazionano gli organi della procedura – necessita di opportuni chiarimenti la prima parte della disposizione.

Da essa emerge, infatti, che il curatore deve adempiere ai doveri del proprio ufficio, tipici doveri di amministrazione come precisa l'ultimo capoverso del primo comma, imposti dalla legge o derivanti dal programma di liquidazione. E il parametro assunto ai fini della valutazione della responsabilità è la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico.

I doveri imposti dalla legge sono quelli che caratterizzano l'attività del curatore che la legge fallimentare puntualmente disciplina e che l'art. 31 l.f. individua come “operazioni della procedura”⁸¹.

I doveri derivanti dal programma di liquidazione sono quelli messi in luce in precedenza.

La specificazione, con la quale si è inteso evidenziare come il curatore assuma responsabilità per tutto quanto da lui indicato e predisposto nel piano non è priva di significato: il programma come opportunamente evidenziato assurge a rango di statuto della procedura concorsuale⁸².

Ma dove la tecnica della novellazione ha inciso in maniera più rilevante è sicuramente nella definizione del regime di responsabilità e del relativo parametro di valutazione.

In piena rottura con il passato⁸³, infatti, l'art. 38 l.f. precisa che egli deve adempiere con la diligenza professionale richiesta dalla natura dell'incarico richiamando, evidentemente, quanto disposto sia nell'art. 2407 c.c. per i componenti del collegio sindacale - anch'essi tenuti ad adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico - sia quanto sancito dall'art. 2392 c.c. per gli

⁸¹ Sul dovere di corretta amministrazione del curatore, L. ABETE, *Sub art. 38*, in op.ult. cit., 642 ss.

⁸² In tal senso E. MATTEI, cit., 233.

⁸³ Come è noto la previgente disciplina disponeva che il curatore dovesse adempiere con diligenza ai doveri del proprio ufficio e dunque secondo i criteri di cui all'art. 1710 c.c. Ancorché il regime di responsabilità del curatore *ante* riforma fosse oggetto di interpretazioni non univoche da parte di dottrina e giurisprudenza (controverso, soprattutto, il carattere della responsabilità, se cioè si trattasse di responsabilità contrattuale o di responsabilità extracontrattuale), si è espressa in termini di perfetta equiparabilità al rapporto di mandato, Cass., 5 aprile 2001, n. 5044, in Fall., 2002, 57 e Cass. 11 febbraio 2000, n. 1507, in Fall., 2001, 473.

amministratori tenuti ad adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze.

Rispetto al regime di responsabilità delineato con riguardo all'organo di amministrazione – cui va evidentemente ricollegata la disposizione dettata in tema di responsabilità del curatore, in presenza della specificazione contenuta nell'ultimo capoverso del primo comma – è assente nella formulazione dell'art. 38 l.f. il riferimento alle specifiche competenze, omissione che, tra l'altro, potrebbe giustificarsi sulla base della considerazione che già all'atto di assunzione dell'incarico vengono valutate specifiche professionalità - e competenze – a carico del soggetto da nominare.

In ogni caso, in virtù della modifica, affinché il curatore non incorra in responsabilità non sarà sufficiente dimostrare di aver impiegato la diligenza del buon padre di famiglia prevista dall'art. 1710 c.c con cui il mandatario deve adempiere alle proprie obbligazioni, bensì di aver gestito la procedura secondo la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico.

Senonché appare problematico stabilire il significato da attribuire alla locuzione “*natura dell'incarico*” che viene assunta come parametro per valutare la responsabilità del curatore.

Una chiave di lettura può essere fornita dalla relazione illustrativa al d.l.gs. n. 6/2003 recante la riforma del diritto societario che in proposito spiegava come l'espressione impiegata per definire il regime di responsabilità degli amministratori e il criterio tramite il quale valutare la responsabilità dei medesimi non stesse a significare che l'amministratore dovesse essere perito in alcune significative materie per la gestione dell'impresa, bensì che costui fosse in grado di effettuare scelte ponderate e ben calcolate.

Pertanto, è presumibile che in eventuali giudizi promossi per la declinatoria della responsabilità del curatore spetterà all'organo giudicante valutare la responsabilità del medesimo a seconda della natura dell'incarico, e quindi della maggiore o minore complessità dell'attività svolta nell'ambito della procedura (valutando finanche la dimensione dell'impresa o la tipologia della stessa), nonché delle personali competenze e qualificazioni professionali che dovrebbero giustificare l'assunzione di decisioni con diligenza e adeguata perizia.

E' all'evidenza, poi, che il curatore è responsabile anche per l'attività di coadiutori e delegati che prestano la propria attività per il fallimento.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 38 l.f. , durante il fallimento l'azione di responsabilità contro il curatore revocato è proposta dal nuovo curatore, previa autorizzazione del g.d. o del comitato dei creditori.

Si presume, dunque, che il curatore contro cui venga proposta l'azione di responsabilità sia stato previamente revocato e che il curatore di nuova nomina venga previamente autorizzato dall'uno o dall'altro organo. In proposito, però, occorre evidenziare come alcuni, nonostante la lettera della legge, abbiano suggerito un'ulteriore lettura della disposizione, evidenziando la necessità che il curatore sia autorizzato sia dall'uno che dall'altro organo, in quanto mentre il g.d. è tenuto a valutare la legittimità dell'operato, al comitato dei creditori compete *ex lege* valutare l'opportunità delle scelte di gestione⁸⁴.

⁸⁴ Così L. ABETE, *Sub art. 38*, cit., 653.

In ogni caso, al verificarsi di una simile ipotesi il termine prescrizione dell'azione di responsabilità comincia a decorrere dal momento in cui il nuovo curatore abbia fatto pervenire al g.d. l'accettazione dell'incarico ai sensi dell'art. 29 l.f.

Da ultimo, il terzo comma dell'art. 38 l.f. ripropone la previsione per cui il curatore che cessa dal suo ufficio, anche durante il fallimento, deve rendere il conto della gestione a norma dell'art. 116 l.f.

Il rendiconto in questione espone in modo analitico le operazioni contabili e l'attività di gestione della procedura.

Stampato presso la sede della Fondazione – aprile 2007

FONDAZIONE ARISTEIA – Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti

Via Torino 98 – 00184 Roma

Tel. 06/4782901 – Fax 06/4874756 – www.aristeia.it

